

BIBLIOTECA JURÍDICA  
DE  
AUTORES CONTEMPORANEOS

# EL DERECHO ANTIGUO

CONSIDERADO EN SUS RELACIONES  
**CON LA HISTORIA DE LA SOCIEDAD PRIMITIVA**  
Y CON LAS INSTITUCIONES MODERNAS

POR  
HENRY SUMNER MAINE  
Profesor que fué en la Universidad de Oxford

---

## Parte especial

---

TRADUCCIÓN DEL FRANCES, COTEJADA CON EL ORIGINAL,

POR  
A . GUERRA



MADRID  
TIPOGRAFÍA DE ALFREDO ALONSO  
Calle del Soldado, núm. 8  
**1893**

## CAPÍTULO VI

### HISTORIA DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

La superioridad del método histórico, entre los varios modos de estudiar el derecho que están de moda en Inglaterra, se demuestra mejor que con nada con la parte relativa al testamento; sirviendo de bases su duración y su continuidad. Exige esfuerzo comprender las ideas de que la sociedad estaba empapada al empezar la historia del testamento; como las nociones de derecho actuales, aun siendo las mismas de entonces, ofrecen otra dificultad por efecto de la fraseología y los modos de pensar modernos; la de creer que necesitan análisis y examen las ideas que constituyen nuestro capital intelectual diario. Entre estos dos puntos extremos se puede seguir muy claramente el progreso del derecho de sucesión.

El feudalismo interrumpió su desarrollo mucho menos que el de la mayor parte de las ramas del derecho. Es indudable que se ha exagerado mucho la ruptura causada por la transición de la historia antigua á la moderna, ó sea por la disolución del imperio romano: en muchos escritores, porque les ha parecido molesto buscar los hilos de una trama oculta bajo seis siglos de perturbaciones; en otros, no faltos de paciencia y capacidad, porque se lo ha vedado el vano orgullo del derecho de su país y la repugnancia á ser deudores del romano. Pero tales influencias desfavorables han tenido relativamente poco efecto en punto al derecho testamentario.

Los bárbaros confesaban no tener idea semejante á la del testamento. Las mejores autoridades convienen en no ha-

Har señales de él en la parte de Códigos bárbaros comprensiva de las costumbres de su primera patria y de sus establecimientos en la frontera romana. Cuando se mezclaron con la población de las provincias, es cuando tomaron de la jurisprudencia imperial la idea del testamento, primero parcial é íntegramente más tarde.

Contribuyó mucho á aquella asimilación la influencia de la Iglesia. Esta heredó en seguida el privilegio de muchos templos paganos de guardar y registrar los testamentos; de lo que depende que los bienes temporales de las fundaciones religiosas nacieran de legados particulares casi todos, y que los antiguos concilios provinciales anatematizaran tanto á los que negaban la santidad de los testamentos. En opinión de todos, la influencia de la Iglesia fué además en Inglaterra causa principal contra la interrupción histórica del derecho de testar; interrupción que se supone haber existido en otras ramas del derecho. Atribuída á los tribunales eclesiásticos la jurisdicción sobre ciertos testamentos, se aplicó á éstos, con más ó menos acierto, los principios del derecho romano; y aunque ni los tribunales ordinarios ni el de Cancillería tenían que seguir á los de la Iglesia, no pudieron resistir el influjo poderoso de aquel sistema de reglas fijas aplicadas á su lado. De aquí que el derecho inglés sobre sucesión de bienes personales difiera sólo en la forma de los preceptos que regían la herencia de los ciudadanos romanos.

Fácil es ver qué diferencias resultan de estudiar la materia históricamente y de analizar las primeras impresiones sin auxilio de la historia. No hay quien, con la idea vulgar, ó aun legal, del testamento, no encuentre en él ciertas condiciones necesarias. Se dirá que sólo tiene efecto á la muerte del testador; que es secreto para los interesados en sus disposiciones; que es revocable, sustituible siempre por otro nuevo. Y sin embargo, está demostrado que hubo un tiempo en que faltaron todas estas condiciones. En el origen de Roma, de donde descienden los nuestros, el testamento producía efecto desde que se hacía, y no era ni secreto, ni revocable. El acto de manifestar un individuo por escrito su voluntad respecto de sus bienes después de muerto, es de los que tienen causas históricas más complejas. Las condi-

ciones mencionadas se establecieron poco á poco y lentamente, por causas y sucesos que se puede llamar fortuitos, y que en realidad sólo nos interesan hoy por lo que han afectado á la historia del derecho.

Cuando había más teorías legales que ahora (teorías que, gratuitas y prematuras sin duda, preservaban, sin embargo, á la jurisprudencia de la condición innoble, no desconocida hoy, de olvidarse toda generalización y considerarse cosa empírica el derecho), la facilidad en estimar intuitivas las cualidades del testamento se explicaba diciendo que eran naturales ó, más ampliamente aún, establecidas por derecho natural. Nadie sostendrá ya esta doctrina si advierte que todos los caracteres del testamento han nacido en los tiempos históricos; pero subsisten vestigios de la teoría que la originó en expresiones que todos usamos y de que nos es difícil prescindir, como se demuestra recordando una proposición muchas veces emitida en la literatura jurídica del siglo pasado.

Afirman frecuentemente los juristas de entonces que la facultad misma de testar es de derecho natural, un derecho concedido por la naturaleza. Esta es, en sustancia, la misma doctrina de los que sostienen, sin darse cuenta, que el derecho de disponer de los bienes después de la muerte es consecuencia natural y necesaria del de propiedad; y la misma con que la jurisprudencia práctica, en el lenguaje de una escuela diferente, afirma en este punto que la sucesión testamentaria es el modo de transmisión de bienes *mortis causa* que debe adoptarse naturalmente, y que la abintestato es la forma con que el legislador suple una formalidad que no llenó el difunto por desgracia ó descuido. Todas estas son formas distintas de la doctrina contenida en esta proposición: el derecho de testar pertenece á la ley de la naturaleza.

No se puede hablar dogmáticamente sobre el alcance de las ideas modernas respecto á la naturaleza y á sus leyes; pero indudablemente casi todos los que sostienen que la facultad de testar es de derecho natural suponen: ó que de hecho esta facultad es universal, ó que las naciones la han sancionado por un instinto ó impulso natural. Difícil es sostener la primera suposición en un siglo que ha visto las

restricciones del Código Napoleón al derecho de testar y la multiplicidad sucesiva con que las demás legislaciones han tomado ese modelo. En cuanto á la segunda, los hechos mejor probados de la historia jurídica antigua la contradicen; y es además indudable, en general, que en todas las sociedades primitivas hubo un estado de derecho en que ni se soñó con el testamento, antes de que el desarrollo jurídico moviera al legislador á permitir, con mayor ó menor restricción, que la simple voluntad del propietario se antepusiese á las pretensiones de sus parientes.

La idea del testamento no puede estudiarse aisladamente, sino como parte de una serie en que no es ella la primera. En sí mismo el testamento es sólo el acto en que se enuncia la voluntad del testador. Antes, pues, de discutir este acto, ha habido que examinar varias cuestiones preliminares, por ejemplo: ¿qué clase de derecho ó interés nace de la muerte de un individuo? ¿A quién y cómo pasa este derecho? ¿Cómo es posible que un hombre disponga de sus bienes cuando ya no existe? Las varias ideas que integran la del testamento forman un conjunto que puede expresarse jurídicamente así: «testamento es el acto que regula la transmisión de una herencia; herencia es una forma de sucesión universal, y sucesión universal es la sucesión en una *universitas juris*, es decir, en un conjunto de derechos y deberes.» Variando el orden seguido, se investigará qué es una *universitas juris*, qué es una sucesión á título universal, y cuál de estas sucesiones es la llamada herencia. Hay otras dos cuestiones, independientes en cierto modo de éstas, que se necesita resolver también en este punto: ¿cómo la voluntad del testador puede decidir de la herencia? ¿Cuál es la naturaleza del acto en que decide?

La primera cuestión es la de la *universitas juris*, ó sea generalidad, haz de derechos y obligaciones. *Universitas juris* es una colección de derechos y obligaciones reunidos por el hecho de haber pertenecido un tiempo á la misma persona. En cierto modo era el despojo legal de un individuo, no un grupo de ciertos derechos y cargas, sino la reunión de todos los pertenecientes á la misma persona. El lazo que une determinado número de derechos (de propiedad, de tránsito, de legados, de hacer cosas determinadas)

y de obligaciones (indemnizar perjuicios, deudas), lo que los une para que constituyan una *universitas juris*, es el hecho de haber pertenecido á una persona que podía ejercerlos. Sin esto no hay unión de derechos y cargas. La frase *universitas juris* no es clásica, pero la idea es exclusivamente romana. Para comprenderla fácilmente, basta reunir en un solo concepto todas las relaciones legales existentes entre cada individuo y los demás. El conjunto de ellas, cualesquiera que sean sus elementos y carácter, forma la *universitas juris*. Concebida así, no hay peligro de engañarse, recordando que las cargas entran lo mismo que los derechos y que pueden superar á éstos. Puede deberse más de lo que se tiene, y, por tanto, haber insolvencia, evaluado el conjunto de relaciones legales, y, sin embargo, no por eso deja éste de ser una *universitas juris*.

Pasamos á la sucesión universal, ó sea en una *universitas juris*, que se presenta al investir á uno del despojo legal de otro, haciéndole deudor de sus deudas y acreedor de todos sus derechos. Pero para ser verdadera y perfecta esta sucesión, el tránsito ha de ser de un golpe: *uno ictu*, como dicen los juristas. Cabe que un hombre adquiera todos los derechos y cargas de otro en distintas épocas, p. ej., en compras sucesivas ó por distintos títulos y partes; comprador, heredero, legatario. Pero la transmisión así efectuada, aunque abarque toda la personalidad legal de un individuo, no es una sucesión universal. Para que ésta exista, ha de pasar en el mismo momento, y por la misma facultad del que adquiere, el conjunto de cargas y derechos.

La noción de sucesión universal, como la de *universitas juris*, es permanente en derecho, aunque en Inglaterra la hayan oscurecido la diversidad de títulos con que se adquieren los derechos, y sobre todo la distinción de los bienes reales (*realty*) y personales (*personalty*). La transmisión de los bienes de una quiebra á los síndicos, es una sucesión universal, si bien las deudas sólo se pagan hasta el alcance del activo, modificándose así la noción primitiva. Si se acostumbrara hoy que un hombre tomara todos los bienes de otro á condición de pagar todas las deudas, esto se parecería exactamente á la antigua sucesión universal romana.

Una forma de aquellas sucesiones era la que ocurría en la *arrogación*, por la que el adoptante tomaba todos los bienes y cargaba con todas las obligaciones del hijo adoptado. Al lado de ésta existían otras muchas formas, y entre ellas es la más importante y la más duradera de todas la herencia (*hereditas*), ó sea la sucesión universal por causa de muerte. El sucesor universal, heredero (*heres*), adquiría todos los derechos y obligaciones del difunto y se revestía de la completa personalidad legal de éste. Sucedia lo mismo si se le nombraba en testamento que si entraba *ab intestato*; la palabra *heres* se aplicaba igual en ambos casos, porque el carácter legal de aquél era independiente de su modo de nombramiento; bastaba, para ser heredero, ser sucesor universal del difunto. Ni era necesario que fuese una persona sola: podían serlo varias, consideradas jurídicamente como una unidad: los coherederos.

Recordemos la definición ordinaria de la herencia en derecho romano, para que el lector aprecie la fuerza de cada uno de sus términos. «*Hereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit*» «herencia es la sucesión en el total de derechos del difunto». Que equivale á decir: «aunque la personalidad física desaparece, la legal sobrevive y pasa íntegra á sus herederos ó coherederos, que la continúan, por lo que hace al derecho». El ejecutor ó administrador que en Inglaterra representa al difunto en todos los bienes por él dejados, puede dar idea de la institución de que procede, pero no la explica. Hasta los últimos tiempos del derecho romano había entre la posición del difunto y la del heredero una estrecha correlación, que no tiene equivalente en la representación inglesa. En la jurisprudencia primitiva todo tendía á la continuidad de sucesión: el testamento era ineficaz cuando le faltaba la institución de heredero para la transmisión inmediata de derechos y obligaciones. En el derecho moderno y en el romano del último tiempo, se atiende á la intención del testador; en el romano primitivo se atendía ante todo á asegurar la sucesión universal. Lo primero es de sentido común, y lo segundo parece un capricho inútil; pero sin ésto no se hubiera llegado á aquello.

Al principio del capítulo anterior consigné investigacio-

nes que explican esta paradoja y aclaran las ideas que voy á exponer. Vimos que es un carácter especial de la infancia de las sociedades el ser considerados los hombres, no como individuos, sino como miembros de un grupo. Primeramente se es ciudadano; después, como tal, miembro de una clase, aristocracia ó democracia, patriciado ó plebe, ó también de una casta, si por desgracia nació en una sociedad de progreso pervertido; luego miembro de una *gens*, casa ó tribu; por último, miembro de una familia. Este vínculo es el más personal y más estrecho; y, aunque sea paradójico, en él desaparece el individuo, que jamás es considerado persona separada, *sui juris*. Como antes he dicho, en la sociedad primitiva no es la unidad el individuo, sino el grupo de hombres unidos por parentesco real ó ficticio.

Este carácter de la sociedad primitiva nos da el germen de la sucesión universal. Tomando por tipo la organización actual de un Estado, aquellas repúblicas eran como un agregado de Gobiernos despóticos, regido separadamente cada uno por el poder absoluto de un jefe: el patriarca, que aún no se puede llamar *pater-familias*. Pero á los grandes derechos de éste es indudable que correspondían grandes obligaciones. Gobernaba la familia, pero por utilidad de ésta; era dueño de sus bienes, pero como administrador de sus hijos y parientes; su posición y sus privilegios eran sólo los que le marcaban sus vínculos con la pequeña comunidad. La familia formaba de hecho una corporación de que él era representante, y pudiera decirse funcionario público. Para los conciudadanos y para el derecho, sus facultades y sus deberes eran de la familia tanto como de él.

Por lo mismo, ante la ley y el magistrado, la muerte del jefe era un suceso falto de toda importancia: reducido á variar el nombre de la persona que representaba al grupo familiar y respondía por él ante la jurisdicción pública. Los derechos y obligaciones del jefe pasaban sin solución de continuidad al sucesor; por lo mismo que pertenecían á la familia y que ésta era una corporación, cuyo carácter distintivo es no morir. Los acreedores, pues, tenían igual acción contra el nuevo jefe que contra el antiguo, porque las deudas eran de la familia y existían en cuanto ésta. Y los derechos de la familia se ejercitaban igual que antes de morir

el jefe, con la sola diferencia, si cabe aplicar lenguaje técnico y preciso, de haber de comparecer en juicio bajo un nombre algo modificado.

Habría que recorrer toda la historia del derecho para comprender cómo se han formado lenta y gradualmente las actuales unidades de la sociedad, y cómo las relaciones individuales han sustituido á las de la familia. Baste recordar que cuando la transformación parecía consumada, cuando el magistrado había casi sustituido al padre de familia, y los tribunales civiles al foro doméstico, aún el orden de derechos y obligaciones administrados por la justicia, conservaba la forma dada por los antiguos poderes, cuyas huellas se notan en todas sus partes. Es casi seguro que el exigir el derecho romano como primera condición la transmisión de la *universitas*, en la sucesión por causa de muerte, era un rasgo de la sociedad antigua que no había podido rechazar la nueva, á pesar de no corresponder á su carácter. La continuación de la existencia legal de un hombre por su heredero ó sus coherederos, parece ser el carácter de la *familia* transmitido por ficción al *individuo*. Por lo visto, pasaron al individuo en Roma los caracteres *corporativos* de la familia: la necesidad de la sucesión universal, la permanencia, la existencia colectiva propia del grupo, no afectada en su posición legal, en sus bienes y cargas, por la muerte del individuo. Así, en la idea de la sucesión universal romana, la muerte física dejó de afectar la personalidad legal del individuo, á semejanza de la familia, no expuesta á esa muerte, por su cualidad de corporación.

Esta trabajo á muchos juristas del continente comprender la trabazón de ideas contenidas en la de sucesión universal; y aquí es quizá donde menos valen sus especulaciones filosófico-jurídicas. Pero estudiando el derecho inglés, no hay riesgo de errar en el análisis de esa idea, porque está aclarada por una ficción de nuestro derecho, familiar á todos los legistas ingleses. Clasifican éstos las corporaciones en agregadas y sueltas; aquéllas son la corporación verdadera; la suelta lo es un individuo, miembro de una serie de individuos, investido por ficción de cualidades corporativas. Ejemplos: el rey ó el cura de una parroquia. Estas funciones se consideran separadamente del individuo que las ejerce

cierto tiempo, y si son perpetuas, la serie de los que las ejercen tiene el atributo principal de las corporaciones: la perpetuidad.

Ahora bien: en el antiguo derecho romano, el individuo tenía con la familia la misma relación que existe entre las corporaciones agregada y suelta: son iguales las derivaciones y la asociación de ideas en ambos casos. Así, al decir nosotros que, en la sucesión romana, cada ciudadano era una corporación suelta, no sólo comprendemos plenamente la herencia, sino que tenemos siempre á la vista la hipótesis de que procedía. Es axioma nuestro que el rey no muere, porque es una corporación suelta; el sucesor toma inmediatamente sus funciones, y la continuidad del reinado se entiende no interrumpida. En Roma era igualmente llano y natural separar el hecho de la muerte y la transmisión de derechos y cargas; el testador vivía en sus herederos. Jurídicamente sólo había una personalidad, y si el testamento violaba, aun indirectamente, el principio de unión de la existencia actual y de la póstuma, la ley rechazaba este acto defectuoso y daba la herencia á los parientes de sangre, cuya capacidad nacía de la ley misma y no de un documento, quizá mal redactado. Cuando un ciudadano romano moría sin testamento, ó éste era nulo, sus descendientes ó parientes le heredaban en el orden que diremos. La persona ó grupo que sucedía, no sólo le representaba, sino que, según he expuesto, continuaba su vida civil, su existencia legal. Lo mismo ocurría en la sucesión testamentaria; porque la teoría de la identidad del difunto y de sus herederos era sin duda más antigua que las formas del testamento y que las fases de la jurisprudencia respectiva.

Aquí ocurre hablar de una duda que se fortalece más cuanto más se adelanta en este estudio: la de si hubiera existido el testamento á falta de las ideas comprendidas en la sucesión universal. El derecho testamentario se explica por muchas hipótesis filosóficas, tan plausibles como infundadas; entra en todas las combinaciones de la sociedad moderna y puede ser defendido ampliamente por razón de utilidad pública. Pero no nos cansaremos de repetir que la mayor parte de los errores jurídicos se deben á creer que, cuando subsiste una institución, subsisten algunos de los

motivos que la originaron. En este punto es indudable que en el antiguo derecho romano el testamento se mezclaba y hasta se confundía totalmente con la teoría de la continuación de la personalidad del difunto en la del heredero.

La idea de sucesión universal, aunque muy arraigada en derecho, no ha ocurrido espontáneamente á los legisladores. Proviene siempre del derecho romano, lo mismo que una serie de reglas sobre el testamento y sus disposiciones, que los prácticos modernos aplican sin cuidarse de relacionarlas con la teoría de origen. Ahora, en derecho romano puro es bien evidente que el principio de la continuidad de la vida, la eliminación de la muerte, era el centro de que derivaban la sucesión testada ó intestada. La inflexibilidad con que se observaba la teoría dominante, demuestra que provenía de algo primitivo en la organización romana; y, aparte de esta presunción, existen pruebas. Se conservan casualmente muchas expresiones técnicas que remontan al origen del testamento en Roma; Gayo consigna la fórmula con que se investía al sucesor universal; se sabe el nombre con que se designaba antiguamente al heredero, y se tiene la célebre disposición de las XII Tabas que reconoció expresamente la facultad de testar y las reglas de sucesión abintestato. En todo esto hay un carácter marcado: que se transmitía al heredero la *familia*, ó sea el conjunto de derechos y cargas contenidos y nacidos en la *patria potestad*. En tres casos no se habla de los bienes materiales; en otros dos se les considera dependencia de la familia.

El testamento primitivo fué, pues, un acto ó procedimiento (probablemente entonces no era escrito) para regular la transmisión de la familia; un modo de declarar quién sucedería en la jefatura al testador. Teniendo esto en cuenta, se ve que los testamentos estaban unidos á uno de los restos más curiosos de la religión y el derecho antiguos: los *sacra* ó ritos de familia. Los *sacra* de Roma existen en una ú otra forma doquiera la sociedad conserva algo de sus formas primitivas; los sacrificios y ceremonias recuerdan el parentesco de la familia y son prenda y testimonio de su perpetuidad. Sea ó no cierto que la naturaleza de esas ceremonias es honrar á un antepasado fabuloso, en todas partes sirven para atestiguar el carácter sagrado de las relaciones de fa-

milia; por lo cual, son más significativas é importantes cada vez que el cambio de un jefe amenaza su continuidad.

Entre los indios, el derecho á heredar bienes de un hombre es tan extenso como á celebrar sus funerales. Si los ritos no se cumplen exactamente ó no lo hace quien corresponde, falta la relación entre el difunto y los supervivientes, y ni hay sucesión ni hereda nadie. Todo suceso importante en la vida de un indio se relaciona con estos ritos; se casa para tener hijos que los celebren á su muerte; si no los tiene, necesita adoptar un extraño, «con la mira, dice la ley india, del pan y del agua funerarios y del sacrificio solemne». La esfera de los *sacra*, en tiempo de Cicerón, abrazaba también la herencia y la adopción. Esta no podía hacerse sin haber provisto los *sacra* de la familia del adoptado; y el testamento no podía dividir la herencia sin determinar exactamente la proporción en que habían de pagar estas ceremonias los coherederos.

Las diferencias entre aquel derecho romano, donde primeramente vemos los *sacra*, y el régimen actual de la India, son muy instructivas. En la India predomina en el derecho el elemento religioso; los sacrificios familiares son el sello del derecho de las personas y de gran parte del de las cosas. Se ha llegado á extremos monstruosos, porque es probable que el sacrificio de las viudas á la muerte del marido, práctica seguida allí hasta los tiempos históricos y conservada en la tradición de muchos pueblos indo-europeos, fuese un apéndice de las primitivas ceremonias, en la idea, unida siempre á la del sacrificio, de que la sangre humana es la más preciosa ofrenda. En Roma, por el contrario, los deberes legales y los religiosos dejaron de estar mezclados. La necesidad de celebrar los *sacra* no era de derecho civil; los *sacra* entraban en la jurisdicción del colegio de los pontífices. Las cartas de Cicerón á Atico, que aluden frecuentemente á esto, demuestran bien que los *sacra* eran una carga pesada para los herederos; el punto de desarrollo en que el derecho se separa de la religión había pasado ya, y pronto desaparecieron enteramente del derecho.

En el derecho indio no hay verdadero testamento: hace sus veces la adopción. Sin embargo, hay gran relación entre la facultad de testar y la de adoptar; y por lo mismo, el



ejercicio de una y otra requieren especial solicitud para la celebración de los *sacra*. El testamento y la adopción alteran igualmente la descendencia natural de la familia; ambos eran sin duda procedimientos para impedir su interrupción total, á falta de parientes que la continuaran. De los dos sólo la adopción, la creación de un parentesco es ficticio, se ofreció á la inteligencia de las sociedades primitivas. Los indios han avanzado hasta conceder á la viuda derechos de adoptar cuando el padre no lo ha hecho; y en Bengala hasta hay costumbres locales con algunos rasgos de la facultad de testar. Pero es indudable que á los romanos pertenece la invención del testamento, la institución que más ha influido después del contrato en la transformación de las sociedades humanas. Mas no le atribuyamos en su origen funciones que no llenó hasta después; al principio no servía para distribuir los bienes de un hombre á su muerte, sino para dar á la casa un nuevo jefe; si los bienes pasaban al heredero era sólo porque el gobierno de la familia llevaba consigo la disposición del capital común. Faltaba mucho hasta la época de la historia en que los testamentos empiezan á servir poderosamente para modificar la sociedad, estimulando la circulación de los bienes y extendiendo los derechos del propietario; estas consecuencias quizá no se asociaron con la idea del poder testamentario ni aun entre los últimos jurisconsultos romanos. Jamás la sociedad romana consideró los testamentos como medio de dividir los bienes y la familia ó de crear un conjunto de diversos intereses, sino, en caso, como un modo de favorecer á los miembros de una familia, más que con la sucesión abintestato. Es de creer que las ideas que en la mente de un romano se unían á la del testamento, eran totalmente distintas de las que hoy conocemos. La costumbre de ver en la adopción y el testamento maneras de continuar la familia, contribuyó sin duda al relajamiento singular de las ideas romanas en cuanto á la sucesión en la soberanía. Así se ve que la sucesión de los primeros emperadores romanos fué considerada como bastante regular y que, á pesar de todos los sucesos, no se creyó absurda la pretensión de príncipes como Teodosio y Justiniano á llamarse César y Augusto.

Al estudiar los fenómenos de las sociedades primitivas,

parece indiscutible una proposición que los legistas del siglo XVII creían dudosa: que la sucesión abintestato es anterior á la testamentaria. Resuelta esta cuestión, se presenta otra muy interesante: la de cómo y en qué condiciones se permitió por vez primera disponer de la jefatura de la familia, y por tanto, de la distribución de bienes á la muerte del testador. La falta del derecho de testar en las sociedades primitivas hace más difícil la solución de esta cuestión, porque indudablemente no fué conocido en ninguna otra que en la de Roma. Hay, sí, elementos sueltos aquí y allá; pero casi siempre de origen romano. El testamento ateniense era indígena, pero no pasaba de ser un germen. Los otros que encontramos en los códigos germanos tienen ya, casi seguramente, un origen romano. La más aguda crítica alemana ha tratado últimamente de distinguir, en cada sistema de estas *leges barbarorum* las costumbres de las tribus primitivamente y la parte tomada de las leyes romanas: de este estudio ha resultado invariablemente que en la parte de leyes antiguas no existe el testamento. El derecho de testar proviene en todas partes de Roma; hasta el testamento que se dice existir en el derecho judío de los rabinos, se ha atribuido al contacto romano. La única forma de testamento que, fuera de Grecia y Roma, puede con razón estimarse indígena, es la de las costumbres de Bengala; y esa, que algunos suponen inventada por los juristas anglo-indios, es á lo sumo un testamento rudimentario.

Según nuestros testimonios, sólo debió de existir el testamento, en su origen, cuando faltaban personas con derecho á la herencia por parentesco real ó ficticio. Así, cuando las leyes de Solón en Atenas autorizaron por primera vez la testamentifacción, se prohibió desheredar á los descendientes varones en línea recta. Así, el testamento del Bengala sólo regula la sucesión en cuanto lo permiten ciertos derechos familiares superiores al poder del testador. Así, no admitida en las instituciones judías la facultad de testar, la jurisprudencia rabínica, posterior al suplir las omisiones de la ley mosaica, sólo admitió ese derecho en caso de faltar todos los parientes llamados á heredar por dicha ley.

Las limitaciones impuestas al derecho de testar por las antiguas leyes germánicas tienen iguales fin y significación.



Lo que hay es que en estas leyes germanas, tal como las conocemos, al lado del alodio ó dominio de cada familia, existen muchas clases de propiedad subordinada, cada una de las cuales es acaso una trasfusión especial de los principios romanos en las costumbres tentónicas primitivas. La propiedad alodial ó primitiva se reservaba exclusivamente á los parientes: ni se disponía de ella por testamento, ni casi podía ser enajenada entre vivos. En la antigua ley germana, como entre los indios, los hijos varones eran copropietarios con su padre, y el dominio familiar no podía enagenarse sin su consentimiento. Pero las otras propiedades, más modernas y de menos dignidad que las alodiales, se enagenaban con mucha más facilidad, y se transmitían *mortis causa* por reglas más amplias. Las mujeres y sus descendientes sucedían en ellas porque evidentemente esas propiedades estaban fuera del círculo sagrado de los agnados. Sólo, pues, sobre estos bienes existió al principio la facultad de testar tomada del derecho romano.

Estas indicaciones refuerzan, al parecer, la explicación más verosímil de un hecho de la historia primitiva del testamento romano. Según numerosas autoridades, en el primer periodo de Roma, los testamentos se hacían en los comicios *curiata*, es decir, por curias; el parlamento de los patricios romanos, reunidos para asuntos privados. De aquí ha nacido la afirmación, hecha tradicional entre los romanistas, de que, en cierta época de Roma, el testamento era un acto legislativo. Pero no se necesita acudir á esta explicación, que peca de conceder demasiada precisión á los procedimientos de aquella asamblea. La clave de los testamentos *in comitia calata*, está en el antiguo derecho romano sobre sucesión intestada. El orden de las sucesiones en derecho romano, hasta la modificación del edicto del pretor, era el siguiente: En primer lugar, los descendientes directos, *sui*, no emancipados. A falta de *sui heredes*, el agnado más próximo, ó sea el pariente más próximo que pudo estar bajo la misma patria potestad que el difunto. En tercero y último lugar, los *gentiles*, es decir, los miembros de los *gens* á que el difunto pertenecía. La *gens*, como queda dicho, era una extensión artificial de la familia, formada por todos los patricios que llevaban el mismo nombre y que, por lo tanto,

se suponían descendientes de un antepasado común. Los *comitia curiata* eran una asamblea patricia legislativa en que sólo estaban representadas las *gentes*, asamblea representativa del pueblo, tomando como unidad política la *gens*. Por lo tanto, el conocer de los testamentos los comicios se relacionaba con los derechos de los *gentiles* y tenía por fin conservarlos. La aparente anomalía desaparece suponiendo que no se podía testar sino á falta de *gentiles* conocidos ó por renuncia de éstos, y que el testamento era sometido á la asamblea general de *gentes* romanas, para que los perjudicados por él pudieran oponerse ó renunciar á su derecho. Quizá desde que se publicaron las XII Tablas, este poder de oposición se redujo mucho ó se ejerció sólo de tarde en tarde y por capricho; pero es más fácil indicar el sentido y origen de la jurisdicción confiada á las *comitia curiata* que seguir su desarrollo y decadencia.

El testamento de donde proceden todos los modernos no es el de dichos comicios, sino otro establecido en concurrencia con él y destinado á reemplazarle. La importancia histórica de este testamento romano primitivo, y lo que aclara las ideas de los antiguos, me excusarán que le describa con alguna extensión.

Cuando el poder de testar aparece en la historia jurídica, hay hechos para creer que nació, como todas las grandes instituciones romanas, de la lucha entre patricios y plebeyos. La máxima política *plebs gentem non habent*, el plebeyo no pertenece á *gens* alguna, excluía á éstos de los comicios *curiata*. Algunos críticos han deducido de aquí que el testamento de un plebeyo no podía ser leído en la asamblea patricia, y que faltaba para él, por tanto, el derecho de testar. Otros se contentan con creer que le sería duro someter su testamento á la jurisdicción extraña de una asamblea en que él no tenía representación. Ello es que nació una forma de testamento que parece una invención destinada á eludir una obligación desagradable. Este testamento consistía en una transferencia entre vivos, una enagenación completa é irrevocable de la familia y los bienes del testador, en favor de quien éste designaba para heredero. Quizá esto se permitió siempre en derecho romano estricto; pero cuando no iba á producir efecto hasta después de la muerte, pudo discutirse

si valía como testamento sin ser aprobado por la asamblea patricia. En caso, la diferencia de opinión entre ambas clases, si la hubo, debió de extinguirse, como otros muchos motivos de odio por el gran arbitraje de los decenviros. Existe el texto de las XII Tablas que dice: *Pater familias uti de pecunia tutelare suae rei legassit ita jus esto*; y dicha ley casi sólo pudo servir para legalizar el testamento de los plebeos.

Los que han hecho estudios clásicos saben perfectamente que muchos siglos después de cesar como asamblea legislativa la patricia, se reunía aún para tratar asuntos privados. Es, pues, probable que mucho tiempo después de las XII Tablas, los *comitia curiata* dieran aún solidez á los testamentos en sus reuniones. Se puede suponer que sus funciones eran como las de un registro público (*court of registration*), con la diferencia de que los testamentos no se escribían, sino simplemente se recitaban ante la asamblea para que se fijara y los recordase. Quizá nunca fué escrita esta clase de testamentos; pero en todo caso, los comicios se habrían limitado á escuchar la lectura, quedando el texto en poder del testador ó bajo la salvaguardia de una institución religiosa. Esta publicidad pudo ser uno de los motivos que hicieron impopular el testamento *comitia calata*. En los primeros años del imperio, éstos se reunían aún, pero por fórmula solamente; y quizá ya no se presentaba ningún testamento en ellos.

El antiguo testamento plebeyo, descrito más arriba, ha modificado profundamente de un modo mediató la civilización del mundo moderno. En Roma adquirió la popularidad perdida por el otro testamento. Para comprenderle del todo, hay que observar que procede del *mancipium* ó antigua venta romana: formalidad á la que deben el honor de su nacimiento dos grandes instituciones, sin las que casi no se comprendería la sociedad moderna: el contrato y el testamento. El *mancipium*, ó más modernamente, la *mancipatio*, nos lleva con sus fórmulas á la infancia de la sociedad civil. Nacida en una época muy anterior, si no á la invención, á la vulgarización de la escritura, los gestos, los actos simbólicos, las frases solemnes eran en ella fórmulas de redacción; y las largas y complicadas ceremonias advertían

á las partes de la importancia del asunto y le grababan en la memoria de los testigos. La imperfección del testimonio oral, al lado del escrito, exigía un número de testigos que no se justificaría en nuestros tiempos.

La mancipación exigía la presencia de las dos partes, vendedor y comprador ó, en términos modernos, el donante y el donatario (*grantor and grantee*). Asistían también cinco testigos al menos y un personaje singular: el *libripens*, que llevaba una balanza para pesar la vieja moneda de cobre sin acuñar de la antigua Roma. Este testamento, *per aes et libram*, como le llamaron mucho tiempo los jurisconsultos, era una mancipación ordinaria en la forma y casi en las palabras. Presentes el testador como cedente, el *libripens* y los cinco testigos; y ocupado el lugar del aceptante por el llamado *familiae emptor*, comprador de la familia, se procedía á la ceremonia ordinaria de la mancipación. Se hacía ciertos ademanes solemnes, se pronunciaba ciertas palabras; el *emptor familiae* simulaba el pago del precio golpeando la balanza con una moneda; y por fin, el testador ratificaba todo lo hecho con una fórmula llamada *nuncupatio* ó declaración del acto; fórmula que, como es sabido, vivió mucho en la historia del testamento. Conviene fijarse en el carácter del *familiae emptor*. En un principio lo era, sin duda, el heredero mismo, á quien el testador transmitía inmediatamente toda la familia, es decir, todos sus derechos sobre la familia y por la familia: bienes, esclavos, derechos adquiridos de sus ascendientes y además todas sus cargas y obligaciones.

Con estos datos podemos ya notar muchas diferencias entre el testamento moderno y el mancipatorio, como podemos llamarle, en su forma primitiva. En primer lugar, éste no era revocable, porque transmitía inmediatamente los bienes del testador quedando agotada la facultad de que se había hecho uso. Además, no era secreto: el *familiae emptor*, siendo el heredero, conocía exactamente sus derechos y sabía que le estaban asegurados irrevocablemente; cosa demasiado peligrosa, dadas las habituales violencias de las sociedades antiguas.

Pero la consecuencia más sorprendente de esta semejanza del testamento y la venta es que el heredero era investi-

do de la herencia inmediatamente. Esto ha parecido tan increíble á muchos romanistas que han supuesto que el heredero adquiriría los bienes bajo condición de la muerte del testador ó á día incierto, el de la muerte del mismo. Pero hasta el último período del derecho romano hubo ciertos actos, la mancipación entre ellos, que no podían ser sometidos á condición ni suspendidos; que, en lenguaje jurídico, no admitían ni *conditio* ni *dies*. Por consecuencia, aunque parezca extraño, hay que creer que el testamento romano primitivo era eficaz desde que se hacía, aun en caso de sobrevivir el testador. Probablemente al principio sólo se hacía testamento *in articulo mortis*, y la disposición tomada por un hombre, de buena edad aún, para la continuación de su familia, tenía más de adopción que de testamento. Pero si el testador se restablecía, es indudable que sólo podía ya regir su familia por tolerancia del heredero.

Ocurren dos ó tres observaciones antes de explicar cómo se remedió tales inconvenientes y cómo el testamento adquirió los caracteres que hoy tiene todavía. El testamento no era necesariamente escrito; al principio debió de ser siempre oral y, aun en los últimos tiempos, la declaración de legados sólo se unía incidentalmente al testamento y sin ser parte esencial de él; tenían la misma relación que los *uses* y los *finés and recoveries* del antiguo derecho inglés, y la misma que la carta de infeudación y la infeudación misma. Antes de las XII Tablas la escritura no hubiera sido útil, porque el testador no podía hacer legados ni beneficiar por testamento más que al heredero ó á los coherederos. Pero la amplitud de la disposición de las XII Tablas dió origen á la doctrina de que al heredero correspondía cumplir todas las órdenes del testador, ó en otros términos, que estaba obligado á pagar los legados. Entonces empezó á tomar valor la escritura, como garantía contra la negativa fraudulenta del heredero que no quisiese satisfacer los legados; pero el testador pudo siempre confiarse á los testigos y declarar verbalmente los legados á que sujetaba al *emptor familiae*.

La frase *emptor familiae* requiere una observación. El *emptor* indica que se trataba literalmente de una venta, y el *familiae*, dados los términos de las XII Tablas respecto á testamentos, sugiere algunas enseñanzas. En latín clásico,

*familia* significa siempre los esclavos de alguien; pero en las XII Tablas y en todo el antiguo derecho romano, designaba todas las personas colocadas bajo el poder del testador, y los bienes materiales se consideraban transmitidos como accesorio de su casa.

Volviendo á las XII Tablas, vemos en ella hablar de la tutela *rei suæ*, de la tutela de su fortuna, que es justamente el reverso de la frase que acabamos de examinar. Esto obliga á afirmar que en la época, relativamente reciente, del Código de los decenviros, las palabras que designaban la *familia* y los *bienes* estaban mezcladas en el uso corriente. Si se hubiera hablado de la casa del individuo como propiedad suya, diríamos que este término expresaba todo lo comprendido en la patria potestad; pero como ambas palabras se excluyen, hay que convenir en que se refiere al período primitivo en que los bienes pertenecían á la familia y ésta era regida por el ciudadano, en forma que sus miembros no poseían los bienes y la familia, sino los bienes *por* la familia.

En una época no muy precisable, los pretores romanos empezaron á acomodarse en testamentos más al espíritu que á la letra de la ley. La dispensa se hizo costumbre y nació una forma de testamento enteramente nueva dentro de la jurisprudencia pretoriana. El nuevo testamento, llamado pretorio, tomaba su fuerza del *jus honorarium* ó equidad de Roma. Algún pretor debió de manifestar en su edicto que sostendría todos los testamentos que reunieran tales ó cuales formalidades; la reforma pareció ventajosa; fué repetida por los pretores siguientes y vino á ser parte de aquella jurisprudencia, lentamente formada, que se llamó edicto perpetuo ó continuo. Las condiciones del testamento pretorio ordinario están calcadas en las del mancipatorio, porque evidentemente el pretor quiso conservar, de las formalidades antiguas, las que garantizaban la autenticidad ó evitaban el fraude. Para el testamento mancipatorio se requerían siete personas además del testador. Siete testigos eran también necesarios para el pretorio: dos de ellos reemplazando al *libripens* y al *emptor familiae* que, despojados de su carácter simbólico, sólo asistían ya como testigos. No había ya ceremonia emblemática; el testamento era simplemente recitado;

pero es probable, no seguro, que se necesitara un acto escrito para perpetuar la prueba de las disposiciones. De todos modos, cada vez que se leía ó enseñaba un escrito como expresión de la última voluntad de un individuo, el tribunal del pretor exigía, para declararle válido, que llevara exteriormente el sello de siete testigos: primera vez que aparece en la historia el uso de sellos para la autenticidad del derecho; como medio de seguridad el que se había usado ya mucho antes, parece que hasta entre los hebreos. Los de los testamentos y otros documentos importantes romanos no sólo servían para demostrar la presencia ó el consentimiento de sus propietarios, sino como medio de seguridad que hacía imposible leer lo escrito sin romperlos.

El derecho pretoriano, por tanto, consideraba eficaz el testamento sin los ritos de la mancipación, con el solo requisito de los siete sellos. Pero, en general, las principales cualidades de la propiedad romana no se podían transferir sino por los procedimientos cuya existencia remontaba al origen del derecho civil. Por lo tanto, el pretor no podía conferir la herencia á nadie; no podía investir á los herederos con las cargas y derechos del testador exactamente, sino á lo sumo asegurar al individuo considerado heredero el goce efectivo de los bienes y declarar válido el pago hecho por él de las deudas testamentarias. Esta concesión del pretor la llamaron los legistas *bonorum possessio*: el heredero reconocido así, ó *bonorum possessor*, tenía todos los derechos que la ley civil concedía al heredero; recibía los bienes y podía vender; pero para litigar necesitaba comparecer, no ante el tribunal común, sino ante el del pretor. Podría decirse que era heredero por título de equidad; pero para no engañarnos con analogías de nuestro derecho, recordemos siempre que, por el principio de la usucapión romana, el poseedor se hacía al año dueño quiritarario de todos los bienes de la sucesión.

Se conoce poco los procedimientos judiciales del derecho antiguo para saber si eran más las ventajas ó los inconvenientes de los seguidos ante el pretor. Pero es indudable que, á pesar de sus muchos defectos, el testamento mancipatorio, que transfería íntegra y de una vez la *universitas juris*, no fué reemplazado nunca del todo por el pretor;

y aún cuando ya se despreciaban las fórmulas, quizá por no comprender bien su sentido, todo el arte de los jurisconsultos tendía á perfeccionar la forma antigua del testamento. En la época de Gayo, bajo los Antoninos, los grandes defectos del testamento mancipatorio habían desaparecido. Al principio era condición esencial que el heredero comprara la familia, y por tanto, no sólo adquiría allí un interés positivo sobre los bienes, sino que quedaba formalmente enterado de sus derechos; y en tiempo de Gayo se permitía ya que un tercero desinteresado interviniera como comprador de la familia, en forma que el heredero no conocía los derechos que adquiría; viniendo desde entonces los testamentos á ser secretos. La sustitución de un extraño al heredero como comprador de la familia tuvo además otras consecuencias. El testamento consistía en dos actos separados: una transferencia puramente formal y la publicación ó *nuncupatio*, en la que el testador declaraba de viva voz á los testigos lo que quería se hiciese después de su muerte, ó presentaba un escrito consignando sus deseos. Alejada la atención de la transferencia y fijada en la *nuncupatio*, los testamentos empezaron á ser revocables.

He ido un poco lejos en la historia del testamento. Vemos que su origen está en el que se hacía por el cobre y la balanza, fundado en la mancipación y la transferencia. Este testamento tenía muchos inconvenientes que fué descartando indirectamente el pretor, al paso que el arte de los jurisconsultos llevaba al testamento mancipatorio reformas análogas á las de la equidad del pretor. Sin embargo, estas últimas no pasaban de ser esfuerzos de los juristas, por lo cual fué tan transitorio el derecho testamentario de tiempo de Gayo y Ulpiano. No sabemos cuáles fueron los cambios posteriores inmediatos; pero ya algo antes de la reconstrucción justiniana del derecho vemos emplear en Oriente una forma de testamento mixta del pretoriano y del hecho por el cobre y la balanza. Como el pretoriano, no exigía la mancipación y sí el requisito de los siete sellos. Como el mancipatorio, transmitía la herencia, y no sólo la *bonorum possessio*. Algunos de los caracteres más importantes se establecieron por actos legislativos; y por eso Justiniano habla del derecho testamentario de su tiempo, formado por el edicto,

el derecho civil y las constituciones imperiales, como de un *jus tripartitum*. La nueva forma lograda así se llama testamento romano; pero era sólo el testamento de Oriente; y las investigaciones de Saviny han demostrado que continuó usándose en Occidente, mucho tiempo después de entrada la Edad Media, el viejo testamento mancipatorio con todas sus transferencias por el cobre y la balanza.

## CAPÍTULO VII

### IDEAS ANTIGUAS Y MODERNAS SOBRE TESTAMENTOS

#### Y SUCESIONES

A pesar de que las leyes testamentarias de Europa tienen muchas disposiciones derivadas del más antiguo derecho que practicaron los hombres, hay diferencias importantes entre las ideas antiguas y modernas sobre testamentos y sucesiones. Explicaré en este capítulo algunas de ellas.

Varios siglos después de las XII Tablas, se introdujeron en el derecho civil romano reglas para impedir la desheredación de los hijos; la jurisdicción del pretor trabajó en igual sentido, y nació un procedimiento más, de carácter irregular y origen dudoso, la *querella inofficiosi testamenti*, para dar posesión de la herencia á los hijos excluidos sin razón en el testamento del padre. Comparando este estado jurídico con la gran libertad de testar que establecieron formalmente las XII Tablas, muchos escritores han llenado de toques dramáticos la historia del derecho testamentario. Así hablan de la libertad sin freno con que los jefes de familia empezaron á desheredar á sus hijos; del escándalo y el atentado á la moral pública envueltos en estas libertades, y del aplauso con que los hombres de bien acogieron el valor del pretor en detener la marcha de esta depravación de los padres. El hecho principal de esta historia es cierto; pero se cuenta de tal modo, que se ataca seriamente los principios de la historia del derecho. La ley de las XII Tablas ha de entenderse con el carácter del siglo en que se redactó. No dió una libertad que pudiera ser preciso moderar

después; antes procedía en la convicción de no existir tendencias á abusar de ella, ó más bien, en la ignorancia de que pudieran existir tendencias tales. No es probable que los ciudadanos romanos comenzaran desde luego á abusar del poder de desheredar; repugna á la razón y al sano criterio histórico creer que el yugo de la familia, soportado pacientemente cuando era más incómodo, se rechazara luego, al llegar á un punto que hoy se acepta espontáneamente. La ley de las XII Tabas permitía el testamento en el solo caso en que era posible: á falta de hijos ó parientes próximos. No prohibía desheredar á los descendientes en línea recta, en razón á que ningún jurista de entonces podía soñar con tal eventualidad. Sin duda cuando las afecciones de familia perdieron su carácter de deberes primarios, se empezó á desheredar á algunos hijos. Pero la intervención del pretor, lejos de ser solicitada por la universalidad del abuso, lo fué, sin duda, porque los casos de aquel capricho eran muy pocos, excepcionales y contrarios á la moralidad de la época.

Muy diversas indicaciones suministra esta parte del derecho testamentario romano. Al parecer, los romanos no consideraron nunca el testamento como un medio de desheredar á la familia ó dividir designalmente los bienes. Las reglas de derecho que prohibían emplearlo así aumentaron en número y en rigor según se fué desarrollando su jurisprudencia; lo cual demuestra que en la sociedad romana había un sentimiento fijo contra las desviaciones accidentales de los individuos. Parece, en efecto, que la facultad de testar se estimó como medio de atender á las necesidades de la familia y de dividir la herencia más equitativamente que con la sucesión abintestato; sentimiento general que explicaría un tanto el horror de los romanos á morir sin testamento. No había para ellos desgracia mayor que ésta: ninguna maldición peor podía lanzarse á los enemigos. Esto no tiene al parecer equivalente alguno en las opiniones de hoy: siempre sin duda han preferido los hombres disponer de sus bienes *mortis causa* á dejar disponer á la ley; pero la pasión de los romanos por la testamentifacción era más intensa que el simple deseo de satisfacer un capricho y en nada parecida al orgullo de familia que creó el feudalismo y que acumulaba determinados bienes en

manos de un solo representante. Es probable, *á priori*, que en las reglas de la sucesión abintestato hubiese algo menos apetecible que en la testamentaria. Sin embargo, examinando dichas reglas durante los muchos siglos anteriores á las leyes de Justiniano, que han adoptado casi todos los legisladores modernos, no las hallamos inicuas ni irracionales. Al contrario, su modo de distribuir los bienes es tan racional, tan claro y tan semejante á las reglas que han satisfecho en general á la sociedad moderna, que no se comprende que inspiraran extraordinario disgusto; sobre todo bajo un régimen en que la facultad de testar era muy limitada para las personas con hijos. Más natural parecería que, como ahora en Francia, los jefes de familia se hubieran ahorrado de testar, dejando á la ley la distribución de sus bienes.

Sin embargo, creo que, examinando de cerca las reglas de sucesión abintestato antes de Justiniano, se halla en ellas la clave del misterio. El derecho tenía dos partes: una procedente del *jus civile*, derecho consuetudinario de Roma; otra del edicto del pretor. El derecho civil, como ya queda dicho, sólo llamaba á la herencia á los hijos no emancipados, á los agnados más próximos y á los *gentiles*. Entre estas tres clases de sucesores, el pretor llamó á otras clases de parientes que el derecho civil no había mencionado. Al fin, de la combinación del edicto con el derecho civil nació un cuadro de sucesión poco distinto del de la mayor parte de los códigos modernos. Conviene recordar que hubo un tiempo en que sólo se aplicaba el derecho civil á la sucesión abintestato, y las reglas del edicto no existían ó no se aplicaban regularmente; porque sin duda la jurisprudencia del pretor tropezó con obstáculos formidables al principio, y acaso mucho después de que el sentimiento popular y la opinión de los jurisconsultos aceptaran las modificaciones que introducía poco á poco, no hubiera aún en estos principios fijos sino reglas distintas, según el criterio de cada pretor. Así, pues, las diversas reglas de sucesión abintestato que los romanos debieron de practicar entonces, explican, y más aún, el horror de los romanos durante tanto tiempo á morir intestados. Se sucedía en este orden. Muerto un ciudadano sin testamento, ó anulado éste, le heredaban:



1.º, sus hijos no emancipados; los emancipados no entraban á la herencia; 2.º, en su defecto, los agnados más próximos; los parientes por línea de mujer, por próximos que fuesen, no concurrían; 3.º, los *gentiles* ó conjunto de ciudadanos que llevaban igual nombre que el difunto; excluidas, por tanto, todas las demás ramas de la familia. De modo que, á falta de testamento válido, un romano de entonces dejaba sin ayuda á sus hijos emancipados; y si no tenía hijos, se exponía á que sus bienes salieran de la familia completamente para ir á personas sólo ligadas á él por la ficción sacerdotal que suponía á todos los miembros de la misma *gens* descendientes de un antepasado común. Esta perspectiva basta casi para explicar el sentimiento popular; pero además concurre el hecho de que todo esto sucedía quizá cuando la sociedad romana estaba empezando á perder su organización primitiva en familias sueltas. El poder del padre había sufrido uno de los golpes más fuertes al reconocerse como legítima la emancipación; y aunque el derecho, considerando aún la patria potestad como origen de las relaciones de familia, seguía mirando á los hijos emancipados como extraños á sus parientes consanguíneos, no es de suponer que esta limitación de la familia, impuesta por la pedantería de los legistas, cupiera en el afecto natural de los parientes. Los lazos de familia debieron de conservar la santidad y la intensidad casi inconcebibles que tuvieron bajo el régimen patriarcal; y lo probable es que la emancipación, lejos de aflojarlos, los aumentara. Es indudable que la emancipación, más bien que un acto de separación, era una prueba de cariño, una gracia y un favor concedidos al hijo más querido y estimado. De modo que si los hijos así distinguidos quedaban sin herencia á falta de testamento, no se necesita más para comprender el horror de los romanos á morir sin él. Podía suponerse *á priori* que la pasión de hacer testamento nacía de alguna injusticia moral de la sucesión abintestato, y en efecto, vemos que sus reglas chocaban hasta con el instinto que unía á los miembros de la sociedad primitiva. Todo lo dicho puede resumirse en pocas palabras. Los sentimientos dominantes de los romanos primitivos se unían á las relaciones de familia. ¿Y qué era la familia? El derecho la definía de un modo y el afecto na-

tural de otro. En este conflicto vino á nacer el sentimiento que analizamos y tomó la forma de un entusiasmo por la institución que permitía al afecto atender á la suerte de las personas queridas.

El horror de los romanos á morir sin testamento parece, pues, prueba de un conflicto añejo entre el derecho antiguo y los sentimientos que iban naciendo con relación á la familia. Algunas leyes romanas, sobre todo una que limitó la capacidad de heredar de las mujeres, contribuyeron quizá á avivar aquel sentimiento; y así se cree generalmente, que los fideicomisos ó legados de confianza, nacieron para eludir la incapacidad de dichas leyes. Pero la misma intensidad notable del sentimiento indica un antagonismo más profundo entre la opinión y el derecho, que las reformas del pretor pudieron muy bien no extinguir. Estudiando el proceso de las opiniones, se ve que los sentimientos no mueren siempre con las circunstancias que los producen; pueden sobrevivir á éstas mucho tiempo y alcanzar, después de ellas, una intensidad mayor aún.

Hasta que al fin de la Edad Media se consolidó el feudalismo completamente, no se empleó el testamento para quitar la propiedad á la familia, ó distribuirla desigualmente según la fantasía ó el buen criterio del testador. Rudo aún el derecho antes de esto, casi no podía el testador disponer de sus bienes con libertad completa. Donde quiera que se podía transmitir los bienes por testamento (como en casi toda Europa sucedía con los muebles), el testador rara vez podía alterar el derecho de la viuda á una porción de sus bienes, y de los hijos á una parte proporcional. La autoridad del derecho romano es sabido que fijó esta proporción. La Iglesia, que jamás ha dejado de proteger la viudez, obtuvo una de sus mayores victorias cuando, á los dos ó tres siglos de estar exigiendo al marido, al casarse, la promesa de dejar á la mujer parte de sus bienes, logró incluir en las costumbres de Europa occidental el derecho de viudedad. Es curioso que la viudedad de bienes inmuebles haya sido más estable que la reserva de bienes muebles establecida análogamente y con anterioridad en favor de la mujer y de los hijos. Algunas *costumbres* locales de Francia conservaron aquel derecho hasta la Revolución, y en Inglaterra hay



vestigios de costumbres parecidas: pero al fin prevaleció la doctrina de la libre disposición de los muebles por testamento, y aunque se siguió respetando los derechos de las viudas, desaparecieron los de los hijos. No vacilamos en atribuir este cambio al derecho de primogenitura. Como el derecho feudal excluía de la herencia de la tierra á todos los hijos en favor de uno, la igualdad en la división de bienes dejó de considerarse como un deber. Los testamentos se hicieron así el medio principal de establecer la igualdad, y entonces empezó á notarse la diferencia de las ideas antiguas y de las modernas sobre testamentos.

Pero, aunque el feudalismo tuvo como resultado accidental esta libertad en disponer por testamento de los bienes, es profundísima la diferencia que hay entre un sistema de libertad testamentaria y otro que, como el derecho feudal relativo á los inmuebles, obligaba á conceder la propiedad á ciertas personas. Los autores de los códigos franceses parece que olvidaron esta verdad. Veían, en la reorganización social que querían destruir, el derecho de primogenitura fundado principalmente en las sustituciones, pero veían al mismo tiempo que los testamentos podían servir para dar al primogénito iguales ventajas que con la sustitución más estricta. Por esto, para asegurar su obra, hicieron imposibles las disposiciones con que se concedía, por capitulaciones matrimoniales, ventajas al primogénito; é hicieron casi desaparecer del derecho la sucesión testamentaria, para que el testamento no se empleara en destruir el principio fundamental de la igual división de los bienes del padre entre los hijos. El resultado fué que establecieron un sistema de pequeñas sustituciones perpetuas, más parecidas al derecho feudal que á la libertad de testar. El derecho territorial de Inglaterra, «el Herculano del feudalismo», se parece sin duda al de la Edad Media más que todos los del continente, y los testamentos nos sirven aún con frecuencia para dar al primogénito y á sus descendientes, sobre la propiedad inmueble, las ventajas que caracterizaban á las antiguas capitulaciones matrimoniales. Pero, á pesar de todo, los sentimientos y la opinión del país han sido afectados profundamente por la libertad de testar, y seguramente las ideas de una gran parte de la sociedad francesa, sobre la conserva-

ción de la propiedad en las familias, se acercan mucho más á las que reinaban en Europa hace dos ó tres siglos, que las opiniones corrientes en Inglaterra.

La mención del derecho de primogenitura nos lleva á uno de los problemas más difíciles de la historia del derecho. Aunque no me he parado á explicar la palabra, se notará que he hablado varias veces de coherederos, equiparándolos en condición al heredero único. De hecho no sabemos de período alguno del derecho romano en que el heredero ó sucesor universal no pudiera ser reemplazado por un grupo de coherederos. Este grupo heredaba como unidad, y la sucesión era después dividida entre todos por un procedimiento especial. En la sucesión abintestato el grupo se componía de los hijos del difunto, á partes iguales de los bienes; y aunque en un tiempo los varones tuvieran preferencias sobre las mujeres, no hay la menor señal de derecho de primogenitura. Lo mismo se distribuían en el más antiguo derecho. Parece indudable que al comenzar la sociedad civil y dejar de ser la familia un cuerpo continuado durante muchas generaciones, la idea que ocurrió fué dividir los bienes por igual entre los miembros de cada generación sucesiva, sin conceder privilegios al primogénito ó tronco de la familia. En sistemas más antiguos que el romano, hallamos claras indicaciones sobre la relación de este fenómeno con las ideas primitivas. Entre los indios, desde que nace un hijo, adquiere derecho á los bienes de su padre, que no pueden ser vendidos sin reconocer esta copropiedad. Cuando el hijo es mayor, puede exigir la división contra la voluntad del padre y aun contra la de sus hermanos. En la división el padre no tiene otra ventaja que la de recibir dos partes. El primitivo derecho de los germanos era igual. El alodio, ó dominio de la familia, pertenecía en común al padre y á los hijos. Sin embargo, parece que no se solía dividirlos ni aun á la muerte del padre; como ocurre también en la India, donde la propiedad se divide de hecho muy rara vez y transcurren muchas generaciones sin división, tendiendo la familia india constantemente á transformarse en municipio, en condiciones que luego explicaré. Todo esto indica claramente que los bienes se dividían con entera igualdad entre los hijos varones, á la muerte del padre, en una época en

que apenas habían empezado á relajarse los lazos de familia. Aquí es donde surge la dificultad histórica del derecho de primogenitura. Cuanto más claro se ve que las instituciones feudales sólo pudieron nacer del derecho romano y de las costumbres germanas primitivas, más nos detiene la consideración de que ni el romano ni el bárbaro concedieran preferencias en la sucesión al primogénito y sus descendientes.

El derecho de primogenitura no existía en las costumbres de los bárbaros cuando se establecieron en el Imperio. Se sabe que nació después de las donaciones de tierra hechas á los jefes de los conquistadores. Estos beneficios, concedidos accidentalmente por los primeros reyes, y por Carlo-Magno dispensados después en gran escala, consistían en tierras provinciales romanas, dadas al beneficiado á condición de servir militarmente. Los propietarios de alodios no debieron de seguir al rey en sus empresas lejanas, y á todas las grandes expediciones de los reyes francos y de Carlo Magno fueron sólo soldados que dependían personalmente de la casa real ó que estaban obligados á ello por la posesión de la tierra. Sin embargo, los beneficios no eran al principio hereditarios, sino poseídos á capricho de quien los daba y, en el caso mejor, vitalicios. Pero los beneficiarios hicieron en seguida esfuerzos considerables para alargar la posesión y dejar á su familia las tierras después de muertos. La debilidad de los sucesores de Carlo-Magno ayudó á estos propósitos y el beneficio se transformó en feudo hereditario. Sin embargo, no pasaba necesariamente al hijo primogénito: se sucedía en él según el acuerdo tomado por el donante y el beneficiario, ó impuesto por uno á la debilidad del otro. De aquí que las primeras posesiones de terrenos variaran mucho de forma, aunque no tan caprichosamente como se dice, puesto que todas presentan alguna combinación de las formas de suceder romanas y germanas. A veces el primogénito y sus herederos sucedían con preferencia á los demás; pero esto, lejos de ser universal, ni debió de hacerse generalmente. Los mismos fenómenos se observan precisamente en la transformación ocurrida después en Europa, cuando la propiedad feudal reemplazó en todas partes á la señorial ó romana y á la alodial ó germana. Los alodios fueron enteramente absorbidos por los feudos. Los mayores

propietarios alodiales se convirtieron en señores feudales, enajenando condicionalmente parte de sus tierras á los hombres sujetos á sus órdenes; y los propietarios pequeños, buscando defensa contra la opresión de aquella terrible época, abandonaban su propiedad á un jefe poderoso, recibéndola otra vez de ellos á condición de servirles en la guerra. La otra gran masa de población de Europa occidental, de condición servil ó semiservil, los esclavos personales de los romanos y de los germanos, los *coloni* y los *lidi*, fueron absorbidos por la organización feudal, quedando algunos como criados del señor y recibiendo tierras los más en condiciones que entonces se creían degradantes. Las formas de posesión creadas en esta época de infundación universal fueron tantas como las condiciones que hubieron de aceptar los vasallos. La sucesión en los feudos, como la de los beneficios, se efectuó pocas veces por derecho de primogenitura. Sin embargo, en cuanto el sistema feudal imperó en Europa occidental, parecieron evidentes las ventajas del derecho de primogenitura sobre las demás formas de sucesión. Entonces se extendió con gran rapidez por doquiera, especialmente por los *family settlements*, los pactos de familia ó capitulaciones matrimoniales en Francia, y los *hausgesetze* en Alemania, que ordenaron que las tierras poseídas á título de servicio militar pasaran al primogénito. Vino, pues, el derecho á consagrar esta práctica inveterada, y al fin en todos los cuerpos de derecho consuetudinario que se formaron poco á poco, el primogénito y sus herederos fueron preferidos en la sucesión de las tierras de feudo-franco sujetas al servicio militar. En cuanto á las tierras poseídas en *roture* (y lo eran al principio todas aquellas en que el poseedor debía una prestación en dinero ó en trabajo), el sistema de sucesión establecido por la costumbre variaba mucho, según las provincias y los pueblos. Lo más general era dividir las por igual entre los hijos á la muerte del padre, aunque en algunos casos había preferencias, bien para el mayor ó bien para el más joven. Donde regía el derecho de primogenitura era en aquellas propiedades, las más importantes en varios sentidos, cuya posesión, como el *socage* inglés, era más reciente y ni del todo franca ni del todo *roturière*.

La difusión del derecho de primogenitura se explica or-

dinariamente por lo que llaman motivos feudales: porque el señor feudal estaba más seguro del servicio militar perteneciendo el feudo á una sola persona, que dividido entre varias por muerte del poseedor. Realmente, esto explica en parte el éxito que adquirió gradualmente el derecho de primogenitura; pero conviene notar que este derecho entró en las costumbres de Europa más por su popularidad entre los poseedores que por las ventajas dadas al señor. Además, ese motivo no explica su origen, porque en derecho no sucede nada por sólo la utilidad, sino que hay siempre ideas anteriores sobre las que obra el sentimiento de utilidad, sin otro poder que el de darles formas nuevas; y esas ideas son las que se necesita hallar.

Encontramos también una indicación útil sobre esto en la India. Aunque allí los bienes del padre son divisibles á su muerte y antes, á iguales partes entre los hijos, y aunque esta igualdad en la distribución se halla en todas las instituciones de los indios, la transmisión de funciones públicas ó poderes políticos, á la muerte del último ocupante, se regula por el derecho de primogenitura. El primogénito hereda el poder real, del mismo modo que los negocios de los municipios (*community villages*, unidad social entre los indios) cuando son confiados á un solo administrador. Todos los cargos tienden á ser hereditarios en la India y, permitiéndolo su naturaleza, se transmiten al hijo mayor de la raza primogénita. Comparando estas sucesiones con algunas organizaciones sociales que han vivido en Europa casi hasta ahora, se puede concluir que, cuando el poder patriarcal es político además de doméstico, no hay división á la muerte del padre, sino que todo pasa al primogénito. El mando de las tribus de la montaña (*highlanders*) se transmitía así.

Parece realmente que hay una forma de dependencia familiar aún más antigua que todas las conocidas por los monumentos primitivos de sociedades organizadas. La unión de los agnados en el antiguo derecho romano y otros muchos datos semejantes hablan de un período en que todas las ramas de la misma familia estaban unidas en una sola organización; y no es mucho suponer que cuando la corporación así formada era una sociedad independiente, su dirección co-

rrespondía al primogénito de la rama primogénita. No conocemos ninguna sociedad organizada así; hasta en las comunidades más elementales las organizaciones familiares conocidas son á lo sumo *imperia in imperio*. Pero la situación de algunas, particularmente los *clans* celtas, se acercaba mucho á la independencia en los tiempos históricos, haciendo creer que esas familias fueron antes Estados separados y que el derecho de primogenitura regulaba la sucesión del jefe. Sin embargo, debemos precavernos contra las asociaciones de ideas modernas en el lenguaje jurídico. Se trata de una unión familiar más estrecha que todas las del derecho indio y el romano. Si el *pater-familias* romano era visiblemente el administrador de los bienes de la familia, si el padre indio es sólo un copropietario con sus hijos, con más razón el verdadero patriarca no debía de ser más que un administrador del capital común.

Los ejemplos de sucesión por primogenitura hallados en la historia de los beneficios son, por lo tanto, imitación de un régimen de familia conocido, aunque no generalmente usado, por las razas conquistadoras. O bien existía aún en las tribus más atrasadas el derecho de primogenitura, ó bien, como es más probable, la sociedad estaba aún tan ligada á su condición primitiva, que aquel derecho se ofrecía espontáneamente al espíritu de muchos al tratarse de la sucesión en alguna forma nueva de propiedad. Resta una cuestión: ¿por qué este sistema de sucesión sustituyó á todos los demás? A mi juicio, durante la disolución del imperio carlovingio la sociedad europea retrocedió un grado ó dos más allá de como fué en las primeras monarquías bárbaras. El principal carácter de este período fué la debilidad ó más bien la falta de autoridad real y civil; y entonces, á falta de otra cosa, se volvió á una organización más antigua que el principio de las sociedades civiles. En los siglos ix y x, el señor y sus vasallos pueden ser considerados como una tribu patriarcal reclutada, no por adopción como antiguamente, sino por infeudación; y para tal confederación, la sucesión por primogenitura era fuente de fortaleza y duración. Reunida en una sola mano la tierra en que descansaba la organización social, el grupo era poderoso para la defensa: dividirla era dividir la pequeña so-

ciudad y provocar voluntariamente las agresiones naturales de la época. Puede asegurarse que aquella preferencia por el derecho de primogenitura no suponía idea alguna de favorecer á un hijo con perjuicio de los otros. La división del feudo perjudicaba á todos: su consolidación á todos beneficiaba. La familia se fortalecía por la concentración del poder en las mismas manos; y no parece que el señor heredero llevara á sus hermanos y parientes ventaja alguna en funciones, intereses ni derechos. Sería gran anacronismo comparar los privilegios del heredero de un feudo con la situación que al primogénito concede un acto de establecimiento (*settlement*) inglés.

Yo he dicho que considero las confederaciones feudales descendientes de una forma primitiva de la familia y muy semejantes á ella. Pero en el mundo antiguo y en las sociedades no afectadas por el feudalismo, el derecho de primogenitura jamás se ha parecido al de Europa en fin del período feudal. Cuando un grupo de parientes dejaba de ser regido por un jefe hereditario, el dominio, que correspondía á todos, era dividido entre todos por igual. ¿Por qué no sucedió esto en el feudalismo? Si, durante la confusión del primer período feudal, el primogénito poseía la tierra en favor de la familia, ¿cómo al consolidarse el feudalismo y establecerse una sociedad regular no se dió á la familia, como entre los romanos y germanos, la capacidad de heredar por iguales partes? Pocas veces han dado con la clave de esta dificultad los escritores que han expuesto la genealogía del feudalismo: ven los materiales de que éste se componía, pero no los cimientos. Las ideas y las formas sociales que sirvieron de base al sistema eran indudablemente bárbaras y primitivas; pero en cuanto los tribunales y los juriscultos hubieron de interpretarlas y definir las, sus principios fueron los del derecho romano de los últimos tiempos, muy refinados y maduros. En la sociedad patriarcal el hijo primogénito sucedía en el gobierno del grupo de los agnados con derecho á disponer de la propiedad común; pero no por eso era propietario. Había deberes correlativos, indefinidos é indefinibles que no entraban en la idea de propiedad. Pero en el derecho romano de los últimos tiempos como en el nuestro, el derecho de propiedad era un poder absoluto

de disponer de los bienes, sin tener en cuenta obligaciones cuya idea correspondía á un período anterior. Del contacto de la idea refinada y de la bárbara nació el convertirse al primogénito en propietario legítimo de la herencia. Los juristas clericales y seculares lo definieron así desde el principio, y sólo por grados insensibles el hijo menor, partícipe de los peligros y goces del primogénito, llegó á convertirse en sacerdote, soldado distinguido ó parásito del castillo. La revolución legal que ocurrió entonces fué la misma que hemos visto recientemente en la mayor parte de las montañas de Escocia. Cuando los juriscultos escoceses hubieron de definir los derechos del jefe sobre los dominios del clan, había pasado ya la época de apreciar vagas limitaciones de la propiedad en favor de los miembros del clan, é inevitablemente se convirtió el patrimonio de muchos en dominio de uno solo.

Para mayor sencillez, he llamado primogenitura al orden de sucesión en que pasa á un solo hijo ó descendiente la autoridad sobre una familia ó una sociedad. Sin embargo, en los pocos ejemplos antiguos que tenemos de esta sucesión, no heredaba el primogénito, en el sentido que hoy damos á esta palabra. La forma de primogenitura que hubo en Europa occidental sigue aún en la India, y es de creer que fuera la normal. Y bajo este régimen, no sólo hereda el primogénito, sino toda la rama primogénita. Si aquél muere, su primogénito sucede, no sólo antes de sus hermanos, sino también de sus tíos; y si muere éste también, se sigue igual regla para la generación siguiente. Pero, para la sucesión que á más del poder civil abarque poder político, existe una dificultad, más ó menos grande según el grado de cohesión de la sociedad. El jefe que ejerce últimamente la autoridad puede sobrevivir á su primogénito, y el hijo pequeño que tiene derecho á suceder puede ser muy joven é incapaz para la dirección efectiva de la comunidad y la administración de sus negocios. En este caso, el procedimiento de las sociedades mejor constituidas, es poner al heredero en tutela hasta que adquiere la edad ó capacidad. La tutela se ejerce generalmente por los parientes varones; pero este es uno de los casos raros en que las antiguas sociedades permitían ejercer el poder á las mujeres, sin duda por el respeto que inspira-

ba el título de madre. En la India, la viuda del príncipe gobierna á nombre de su hijo, y recordamos que en Francia la forma de sucesión en el trono, por costumbre muy antigua, cualquiera que sea su origen, daba la regencia á la reina madre con preferencia á todos los parientes, y al mismo tiempo las excluía del trono. Hay otro modo de obviar los inconvenientes que resultan de la transmisión de la soberanía á un menor, que seguramente se ocurriría espontáneamente á las sociedades toscamente organizadas: el de dejar de lado al menor y conferir el mando al varón primogénito de la generación anterior.

Los *clans* celtas, entre los numerosos fenómenos que conservaron de cuando la sociedad civil y política apenas estaban separadas, tenían aún en tiempos históricos esta regla de sucesión. Parece fué principio positivo entre ellos que, á falta del primogénito, el hermano siguiente sucedía con preferencia á todos los demás, cualquiera que fuese su edad al vacar la soberanía. Algunos escritores han explicado esto pensando que, en las costumbres celtas, el último jefe era una especie de raíz ó tronco y se daba la sucesión al descendiente más próximo. El abuelo era preferido al hijo pequeño por ser más próximo á la raíz común. Nada ocurre contra esto presentado como descripción de un sistema de suceder, pero sería craso error pensar que esa regla se adoptara por razonamientos que datan de la época en que las costumbres feudales de sucesiones comenzaban á ser discutidas por los legistas. El verdadero origen de la preferencia concedida al abuelo era solamente el cálculo, por parte de hombres groseros en una sociedad grosera, de que vale más un jefe de edad madura que un niño, y que el hijo pequeño tiene más probabilidades de llegar á la edad madura que los descendientes del primogénito. Hay además otras pruebas de que la forma de primogenitura que conocemos mejor es primitiva. Ejemplo: la tradición de que se pedía el consentimiento al *clan* cuando se prescindía del hijo en favor del abuelo. Existe de un modo auténtico esta ceremonia en los anales de los Mac Donald de Escocia; y las antigüedades célticas de Irlanda, recientemente interpretadas, dícese que ofrecen muchos rasgos de usos semejantes. La sustitución electiva de un agnado «más digno» á otro más

viejo, no es desconocida tampoco en el derecho de las municipalidades indias.

En el derecho musulmán, según costumbre quizá árabe, los bienes se dividen igualmente entre los hijos, dando á las hijas media parte; pero, si uno muere antes de la división y deja descendientes, éstos son excluidos de la sucesión por sus tíos y tías. Según este principio, la sucesión en una autoridad política, se efectúa por las formas de primogenitura de las sociedades celtas. En las dos grandes familias musulmanas de Occidente, la regla en heredar el trono el tío con preferencia al sobrino, aunque éste sea hijo de un primogénito; pero, no obstante haberse aplicado esta regla en Egipto y en Turquía recientemente, se me asegura que siempre ha habido dudas sobre su validez para la sucesión en el trono de Turquía. La política de los sultanes ha impedido generalmente aplicarla; y quizá la costumbre de asesinar á los hermanos pequeños se haya debido al interés de sus hijos tanto como al deseo de separar del trono rivales peligrosos. Es evidente que, en sociedades polígamas, la forma de la primogenitura sufre constantes variaciones; puede haber muchos títulos para la sucesión, el de madre, por ejemplo, ó el cariño que el padre le tuviera. También algunos reyes musulmanes de la India, sin pretender especial derecho de testar, reclaman el de nombrar el hijo que debe heredarles. La bendición de Isaac y su hijo referida en la Biblia, se cita á veces como testamento; pero más bien parece un modo de designar el primogénito.

## CAPÍTULO VIII

## HISTORIA DE LA PROPIEDAD PRIMITIVA

Las Institutas del derecho romano, después de definir las varias formas y modificaciones de la propiedad, distinguen los modos naturales de adquirir. Los poco conocedores de la historia del derecho no sospecharán el gran interés que estos modos naturales de adquirir tienen para la especulación y la política. El animal salvaje que coge ó mata el cazador, el terreno que añaden al nuestro las sedentaciones lentas de una ribera, el árbol que arraiga en nuestro suelo, es lo que aquellos jurisconsultos llamaron modos naturales de adquirir. Al principio debieron de considerarlos *jus gentium*, por tenerlos también las sociedades inmediatas; y posteriormente, atendiendo á su sencillez, fueron colocados entre las prescripciones de la naturaleza. Así adquirieron una importancia que ha aumentado después en cantidad increíble; y modernamente se les ha acogido con placer y han influido seriamente en la práctica. Bastará estudiar uno de ellos: la ocupación.

Ocupación se define: «toma de posesión de un objeto que á la sazón no pertenece á nadie, con el intento de adquirir su dominio». Las cosas que no pertenecen actualmente á nadie ó que nunca tuvieron dueño, *res nullius*, sólo se conocen enumerándolas. Entre las que no tuvieron nunca propietario están: los animales salvajes, los pescados, las aves del campo, las piedras preciosas desenterradas por vez primera, y las tierras nuevamente descubiertas ó nunca cultivadas. En-

tre las que no tienen propietario actual están: las tierras y los muebles abandonados y (artículo irregular, pero formidable) los bienes del enemigo. En todos estos objetos, el derecho de propiedad pertenecía completamente al ocupante que tomaba posesión con ánimo de hacerlos suyos; ánimo que á veces debía manifestarse por actos.

Se comprende con facilidad la influencia que entonces tuvo la idea de incluir la ocupación en el *jus gentium*, y la sencillez que adquirió al llevarla después al derecho de la naturaleza. Más difícil es comprender, en nuestras condiciones, *à priori*, la influencia de esa teoría en el derecho moderno. Del principio romano de la ocupación y de las reglas posteriores de los jurisconsultos, deriva nada menos que el derecho internacional moderno sobre presas de guerra y sobre adquisición de soberanía en los países descubiertos; y deriva, por otra parte, una teoría sobre el origen de la propiedad que han aceptado, á pesar de su vulgaridad, la mayoría de los filósofos juristas.

He dicho que deriva de allí el derecho internacional relativo á presas de guerra. En efecto, este derecho se funda en la hipótesis de que al comenzar las hostilidades, los pueblos se hallan en estado de naturaleza, y que, en la condición natural así producida artificialmente, carecen los beligerantes de propiedad privada. Como los últimos escritores de derecho natural han procurado siempre respetar la propiedad de cualquier modo en sus sistemas, la hipótesis de ser *res nullius* los bienes del enemigo, les ha parecido chocante é inmoral, y la han estigmatizado como simple ficción jurídica. Pero considerando que el derecho natural procede del *jus gentium*, se comprende bien por qué los bienes del enemigo se consideran no pertenecientes á nadie y pueden ser adquiridos por el primer ocupante; porque esto habían de pensar naturalmente los soldados, en la forma primitiva de la guerra, cuando, después del triunfo, se entregaban al pillaje desordenadamente. Aunque es probable que esto sólo ocurriera al principio con la propiedad mueble; porque por autoridades imparciales sabemos que en Italia antigua imperaban para la adquisición del suelo del país vencido reglas muy distintas; y porque cabe suponer que no se aplicó el principio de ocupación á la tierra (cosa



siempre difícil) hasta que el *jus gentium* se convirtió en derecho de la naturaleza, y que fué efecto de una generalización de los jurisconsultos de la época más brillante. Según se ve en las Pandectas, el principio de éstos consistía en afirmar llanamente que los bienes de cualquiera clase del enemigo son *res nullius* para el otro combatiente, y que la ocupación con que éste los adquiere es una institución de derecho natural.

Se ha censurado á veces las reglas que la jurisprudencia internacional ha deducido de aquí, creyéndolas benévolas para la ferocidad y la avaricia de los combatientes; pero tal acusación depende, á mi juicio, de conocer poco la historia de las guerras y la dificultad de hacer observar reglas en ellas. Cuando el principio romano de la ocupación entró en el derecho moderno y se aplicó á las presas de guerra, hubo ya algunas reglas secundarias que le limitaron y precisaron; y comparando las guerras posteriores al tratado de Grocio con las anteriores á él, se ve que la introducción de las máximas romanas ha hecho más tolerable la guerra.

Donde la teoría de la ocupación es culpable de haber influido perniciosamente en el derecho internacional moderno no es aquí, sino en los descubrimientos de países nuevos. Aplicando á esto los mismos principios que los romanos al hallazgo de una piedra preciosa, los publicistas adoptaron una teoría insuficiente que, aplicada á los grandes descubrimientos de la navegación en los siglos xv y xvi, más sirvió para promover dificultades que para resolverlas. Desde luego faltó la certidumbre en los dos puntos donde era más precisa: el de la extensión de territorio que el descubridor adquiría para un soberano y el de la naturaleza de los actos que deberían completar la toma de posesión. Además, el principio en sí mismo fué desconocido instintivamente por varias de las naciones más aventureras de Europa: los holandeses, los ingleses y los portugueses.

Nuestros compatriotas, sin rechazar formalmente la regla, nunca admitieron en la práctica la pretensión de los españoles de acaparar toda la América situada al Sur del Golfo de Méjico, ni la de los reyes de Francia de monopo-

lizar los valles del Ohio y del Mississippi. Desde el reinado de Isabel al de Carlos II, no existió verdadera paz en las aguas americanas; y un siglo más tarde aún seguían las usurpaciones de los colonos de Nueva Inglaterra en los dominios del rey de Francia. Tanto afectó á Bentham la confusión del principio referido, que hasta elogió á su modo la famosa bula de Alejandro VI dividiendo entre los españoles y los portugueses, por una línea tirada á cien leguas al O. de las islas Azores, todos los países no descubiertos aún; y realmente, aunque el elogio sea á primera vista grotesco, no es más absurda la división de Alejandro VI que la regla de derecho público que daba medio continente al monarca, con llenar sus servidores las mismas condiciones que el derecho romano exigía para adquirir la propiedad de un objeto que cupiera en la mano.

El interés de la doctrina de la ocupación para cuantos se ocupan de esto, consiste en el servicio que ha prestado á la jurisprudencia especulativa para explicar el origen de la propiedad privada. Se ha creído cosa corriente que, en cierto tiempo, los procedimientos para la ocupación eran los mismos con que la tierra y los frutos, primeramente comunes, pasaron á ser propiedad individual. Se explicará esta creencia con sólo distinguir la idea del derecho natural antigua y la moderna. Los romanos creían, sin vacilar, que la ocupación, modo natural de adquirir, regiría para el género humano si viviera bajo las instituciones de la naturaleza; y aunque, como ya se ha dicho, es dudoso hasta qué punto admitieron la realidad del estado de naturaleza, si parece que pensaron que la institución de la propiedad era menos antigua que el género humano. Pero los jurisconsultos modernos han ido mucho más lejos que los romanos en su insistencia sobre el estado de naturaleza; y en cuanto se admitió que la tierra y los frutos fueron en otro tiempo *res nullius*, y, por la doctrina del estado natural, se creyó que la ocupación regía para estas cosas *nullius* mucho antes de organizarse las sociedades civiles, afirmóse inmediatamente que los *bienes de nadie* del mundo primitivo se convirtieron por la ocupación en la propiedad individual del mundo histórico. No hace falta enumerar los jurisconsultos que de uno á otro modo han aceptado esta teo-



ría, puesto que Blackstone, término medio de las opiniones de su tiempo, la resume así en su obra:

«La tierra y todas las cosas contenidas en ella eran propiedad del género humano por donación inmediata del Creador; pero la comunidad de bienes solo debió de aplicarse, en los primeros tiempos, á la sustancia de las cosas. Por derecho natural y por razón, el primero que usaba una cosa adquiría sobre ella cierta propiedad, aunque pasajera; un derecho de posesión que duraba lo que el hecho de la posesión. La tierra era común, nada era en particular de nadie: pero la que se ocupaba para descansar, ponerse á la sombra y análogos usos, constituía una especie de propiedad temporal, que fuera contra justicia y contra derecho natural discutir por la fuerza, aunque, desde que dejaba de usarse y ocuparse, cualquiera podría tomarla nuevamente.» A continuación expone Blackstone cómo «el aumento de número de hombres hizo preciso concebir la idea de una propiedad más duradera, apropiándose el individuo, no sólo el uso inmediato, sino la sustancia de las cosas.»

Ciertas ambigüedades de este fragmento hacen suponer que Blackstone no entendió bien el sentido de la proposición que hallaba en sus autoridades: «la propiedad de la tierra era adquirida por el ocupante cuando imperaba el derecho natural»; pero la limitación que él puso, por error ó con intención, la dió un sentido que ha tomado después frecuentemente. Muchos escritores, más precisos que Blackstone, dan por sentado que primeramente la ocupación daba derecho á un disfrute exclusivo y temporal, el que se hizo después exclusivo y perpetuo. Al formular así la teoría, han querido conciliar la doctrina de que «en el estado de naturaleza las cosas *nullius* se adquirían por la ocupación» con la conclusión, obtenida de la Escritura, de que los patriarcas no se apropiaban permanentemente el suelo en que pacían sus rebaños.

La única crítica dirigible inmediatamente á la teoría de Blackstone está en que los hechos descritos en su cuadro de la sociedad primitiva no son más probables que otros muchos incidentes fáciles de imaginar. Así, por ejemplo, en la ocupación que se hiciera de un terreno para descansar ó tomar la sombra en él, lo probable es que el derecho de

posesión se extendiera precisamente lo mismo que el poder de conservarle, y que, por tanto, sería turbada por el primero á quien agradase el terreno y se encontrara con fuerzas para arrojar al poseedor. Pero realmente todas estas proposiciones carecen de base y es inútil discutir las: porque se puede llegar á saber lo que los hombres hicieron en el período primitivo, pero no los motivos por que obraron. Estos esbozos de la condición primitiva del género humano se obtienen suponiendo que los hombres no estaban colocados en las circunstancias en que hoy los vemos, y afirmando después que, en la condición así imaginada, conservaban los sentimientos y prejuicios con que hoy obran; aunque, en realidad, estos sentimientos pueden nacer de las mismas circunstancias que hace desaparecer la hipótesis.

Se ha creído alguna vez que, en un aforismo de Savigny, hay una teoría sobre el origen de la propiedad parecida á la de Blackstone. El gran jurisconsulto alemán sostiene que toda propiedad se funda en la posesión sostenida y legitimada por la prescripción. Pero Savigny establecía su proposición sólo por el derecho romano y, para comprender bien su alcance, se requiere antes explicar y definir cuidadosamente las expresiones que la forman. Se comprenderá, sin embargo, con bastante exactitud teniendo en cuenta que, por lejos que lleguen nuestras investigaciones sobre las ideas de propiedad de los romanos y por mucho que nos acerquemos á la infancia del derecho, no pasamos de una idea de propiedad compuesta de tres elementos: posesión, posesión sostenida (es decir, sin subordinación ni sujeción á nadie, pero exclusiva contra todo el mundo), y prescripción, ó período de tiempo en que la posesión sostenida se ha continuado sin interrupción. Quizá esta máxima pudiera ser generalizada más de lo dicho; pero no hay que esperar conclusiones racionales y seguras de una investigación que vaya más allá del punto en que esas ideas se combinan para formar la noción de la propiedad.

Sin embargo, lejos de repetir la teoría vulgar sobre el origen de la propiedad, la fórmula de Savigny nos sirve para fijar la atención en el punto débil de la teoría de Blackstone y demás autores á que él sigue: el del modo de comprender la posesión exclusiva, que parecía tan misterio-

sa á nuestros padres. Lo misterioso no es que la propiedad comenzara por la posesión sostenida ni que el propietario fuese un hombre poderoso y armado que defendía sus bienes. Pero ¿cómo se creó por el tiempo un sentimiento de respeto á la posesión? ¿Cuál es el origen de este respeto universal hacia lo que ha existido de hecho largo tiempo? He aquí las cuestiones que exigen detenido examen, el cual no cabe ciertamente en los límites de nuestro trabajo.

Antes de manifestar dónde adquiriremos algunos datos, pobres é inseguros, sobre la historia primitiva del derecho de propiedad, debo indicar que la vulgar idea de la importancia que tuvo la ocupación en los primeros períodos de la cultura es contraria á la verdad. La ocupación es una toma de posesión natural y consciente, y la noción de que este acto sea título á la propiedad de los objetos no pertenecientes á nadie, lejos de formar un carácter de las sociedades primitivas, debe de ser consecuencia de una jurisprudencia madura y de un estado avanzado de derecho. Que la simple posesión confiera al primer poseedor la propiedad de las cosas sin dueño, no ha podido ocurrir sin estar ya sancionado con larga inviolabilidad el derecho de propiedad, y sin ser antes de propiedad privada la mayoría de las cosas aprovechables. El sentimiento que informa esta doctrina es incompatible con el estado de incertidumbre del derecho de propiedad en los comienzos de la civilización. La verdadera base ha debido de estar, no en una tendencia instintiva hacia la institución de la propiedad, sino en la presunción, nacida del largo ejercicio de ésta, de que *todo objeto debe tener un propietario*. Al tomar posesión de una cosa *nullius*, que no tenía dueño ó no lo había tenido nunca, se permite al poseedor hacerse propietario suponiendo que todo objeto útil debe disfrutarlo alguien y que, en este caso, el alguien único es el ocupante. En resumen; éste se hace propietario por presumirse que todas las cosas deben ser propiedad de alguno, y que nadie tiene más derecho que él á la cosa ocupada.

Aunque no hubiera otra objeción á las descripciones del estado natural, hay un punto en que éstas contrarían vivamente los testimonios auténticos que tenemos. Nótese que los actos y motivos que suponen estas teorías son paramen-

te individuales. El individuo es quien suscribe por sí el contrato social: banco de arena movible, cuyos granos son los individuos, que, según la teoría de Hobbes, se endurece hasta ser la roca social, bajo la saludable disciplina de la fuerza. También es el individuo quien, en el cuadro de Blackstone, ocupa un trozo de terreno para descansar, ponerse á la sombra ú otros usos análogos. Este vicio se halla en todas las teorías derivadas del derecho natural de los romanos, que se diferenciaba del civil precisamente en que tenía en cuenta los individuos aislados; con lo que prestó á la civilización el gran servicio de emancipar el individuo de la autoridad de la sociedad primitiva. El antiguo derecho, es preciso repetirlo, casi no conocía los individuos: se ocupaba sólo de las familias, del grupo, no del hombre aislado. Aun después, cuando las leyes del Estado empezaron á entrar en los círculos de familia que eran al principio inaccesibles, se miraba á los individuos muy de otro modo que en un derecho adelantado. No se miraba la vida del ciudadano con los límites del nacimiento y la muerte; sino como continuación de sus abuelos, prolongada después en sus descendientes.

La distinción romana entre derecho de las personas y de las cosas que, aunque muy ventajosa, es del todo artificial, ha contribuido evidentemente á descarriar estos estudios de su verdadera dirección. Las lecciones del *jus personarum* se olvidan al llegar al *jus rerum*; y la propiedad, el delito y el contrato, se han considerado como si el estudio de la condición primitiva de las personas no diese ningún dato sobre la naturaleza de entonces. Si se hallara un sistema de derecho primitivo puro, y se tratase de aplicarle las clasificaciones romanas, se vería la frivolidad de dicho método. Pronto se notaría que la separación del derecho personal y real no tiene sentido en la infancia del derecho, que las reglas pertenecientes á esa división se confunden inexplicablemente, y que las distinciones de los últimos juristas sólo convienen al derecho de su tiempo.

Por lo que se dijo en la primera parte, se comprenderá *a priori* lo difícil de estudiar la historia primitiva de la propiedad, si nos limitamos á la individual. Es casi seguro que la propiedad colectiva, no la individual, fué la verda-

dera institución primitiva; y que las formas de propiedad que pueden servirnos son las relacionadas con el derecho de las familias y de los grupos de parientes. El derecho romano no puede ayudarnos por ser él precisamente quien, transformado por el derecho natural, legó á los modernos la idea de que la propiedad individual es el estado normal del derecho, y la colectiva la excepción. Pero hay una sociedad que merece siempre cuidadoso examen al buscar cualquiera institución perdida del derecho primitivo. Por cambios que ésta haya podido sufrir en la rama de la familia indo-europea establecida en la India, nunca sale enteramente de la cáscara en que se formó. Pues bien: los indios tienen una forma de propiedad que debe llamar nuestra atención enteramente, porque responde del todo á las ideas que el estudio del derecho de las personas puede sugerirnos sobre la condición primitiva de la propiedad. La *community village* de la India es á la vez una sociedad patriarcal organizada y una reunión de copropietarios. Las relaciones personales de los hombres que lo componen se confunden absolutamente con sus derechos de propietarios, y uno de los errores más grandes de la administración anglo-india fué el de tratar de separarlos.

Se sabe que la comunidad india es de origen muy remoto. Se halla como último punto de todas las investigaciones sobre la historia general ó local de la India, cualquiera dirección en que se hagan. Muchos escritores inteligentes y buenos observadores, la mayor parte sin teorías que defender sobre su naturaleza y origen, convienen en creerla de las instituciones más indestructibles de una sociedad que no sacrifica por gusto ninguna costumbre á la reforma. Las conquistas y las revoluciones han pasado sobre ella sin turbarla ni moverla, y los sistemas de gobierno más beneficiosos para la India han sido los que la han tomado como base de su administración.

El derecho romano en su madurez y la jurisprudencia que le toma por modelo, ven en la copropiedad un tipo excepcional y pasajero del derecho de propiedad; como indica claramente la máxima universal: *nemo in comunione potest invitus detineri* (nadie puede ser obligado á estar en la indivisión). En la India, el orden de ideas es inverso, y la

propiedad privada tiende siempre á hacerse colectiva. Ya hemos dicho lo que ocurría. En cuanto nacía un hijo, adquiría derecho de copropiedad en los bienes de su padre; y llegado á la mayor edad, podía á veces, según la letra de la ley, pedir la división de los bienes familiares. Sin embargo, de hecho, la división es rara, aun á la muerte del padre; y aunque la ley reconozca á todos el derecho de reclamar su parte, las propiedades signen indivisas durante muchas generaciones. Este dominio en común lo administra á veces un gerente que se nombra, pero, en general, sobre todo en algunas provincias, lo administra el primogénito de los agnados, el representante más viejo de la rama primogénita. Esta reunión de propietarios indivisos, corporación de parientes poseyendo una fortuna en común, es la forma más simple de la comunidad india; pero es otra cosa más: es una sociedad organizada que tiene sus funcionarios y atiende, no sólo á los fondos comunes, sino también casi siempre al gobierno interior, policía, administración de justicia y reparto de los impuestos y cargas públicas.

La comunidad que acabo de describir puede considerarse como un tipo. Sin embargo, no todas las comunidades indias se forman tan sencillamente. Aunque, según me dicen, los archivos de las provincias del Norte atestiguan casi siempre que la comunidad se formó por reunión de parientes, también atestiguan que, de tiempo en tiempo, se ha admitido hombres extraños, y que el adquirente de parte de los bienes puede generalmente, en ciertas condiciones, entrar en la corporación. En el Sur de la península hay muchas comunidades que parecen salidas de dos ó más familias; y hay algunas cuya composición se sabe que es enteramente artificial.

La agregación accidental de hombres de castas diferentes en una sociedad es contraria á la hipótesis de una descendencia común; sin embargo, en todas estas comunidades hay la tradición de un mismo origen primitivo ó se cree en éste. Mountstuart Elphinstone, que escribe especialmente sobre las comunidades del Sur, dice: «la idea popular es que los propietarios descienden todos de uno ó muchos individuos que fundaron el pueblo, sin más excepción que aquellos que adquirieron sus derechos, por compra u otro

«título, de algún miembro del tronco primitivo. Confirma esta suposición el hecho de que actualmente sólo hay una familia de propietarios en los pequeños pueblos y muy pocas en los grandes; pero se dividen en tantas ramas y tienen tantos miembros, que el trabajo agrícola se suele hacer por los propietarios mismos, sin ayuda de colonos ni obreros. Los derechos de propietario se ejercen colectivamente, y, aunque suele haber una división en ellos, nunca hay entera separación. Así el propietario puede vender ó hipotecar sus derechos, pero necesita el consentimiento de la comunidad y que el adquirente ocupe su lugar y cumpla sus obligaciones. Cuando una familia se extingue, su parte vuelve al tronco común.»

Espero que lo dicho en el quinto capítulo ayudará al lector á comprender el alcance de este fragmento. No es probable que una institución del mundo primitivo se haya conservado hasta nuestros días sin adquirir, por una ficción legal, una elasticidad que no tenía al principio.

La comunidad india no es necesariamente una reunión de parientes; puede ser también una corporación de copropietarios, á imitación del grupo de parientes. El tipo á que debe ser comparada no es la familia, sino la *gens* romana. La *gens* también tenía por modelo la familia; era la familia extendida por diversas ficciones, cuya naturaleza precisa se pierde en la antigüedad. En los tiempos históricos, sus caracteres principales eran precisamente los dos que Elphinstone señala á la comunidad india: el suponerse siempre la comunidad de origen, aunque la contradijeran los hechos, y el que, repitiendo sus mismas palabras, «al extinguirse una familia su parte volvía al tronco común».

En el antiguo derecho romano, la sucesión sin heredero se defería á los *gentiles*. Todos los estudiosos de las comunidades indias suponen que han sido, como las *gentes*, modificadas por la admisión de extraños; pero no se puede saber bien hoy de qué manera eran admitidos. Actualmente, según nos dice Elphinstone, se hace por la compra de porciones con el consentimiento de los copropietarios. Sucede de todos modos como por sucesión universal: al tomar su parte el que la compra, toma también las cargas del vencedor dentro del grupo de sus copropietarios. Es un *emptor*

*familia*, y hereda el despojo legal de la personal cuyo lugar adquiere. El consentimiento de la comunidad, exigido para su admisión, nos recuerda el de los *comitia curiata*, el parlamento de la mayor comunidad de supuestos parientes, que era la antigua república romana; consentimiento esencial para la validez de una adopción y un testamento.

Todos los caracteres de las comunidades indias tienen signos de muy grande antigüedad. Tantos motivos especiales hay para suponer que en la infancia del derecho la propiedad era colectiva, que las reglas referentes á las personas se confundían con las de los bienes y las obligaciones privadas con las públicas, que podríamos obtener muchas consecuencias importantes en el estudio de estas comunidades propietarias, aunque no hubiere otras sociedades parecidas en el mundo. Pero recientemente han despertado gran curiosidad varios fenómenos semejantes observados en los sitios de Europa menos afectados por la transformación de la propiedad en feudo y que tienen afinidades con el mundo oriental á la vez que con el occidental. Las investigaciones de Haxthausen, Tegoborski y otros demuestran que las villas rusas no son reuniones casuales de hombres, ni reuniones contractuales, sino comunidades organizadas naturalmente, como las de la India. En teoría, estas villas son patrimonio de algún noble propietario y los campesinos, desde los tiempos históricos, han sido siervos de la gleba y en cierto modo siervos personales.

Pero esta propiedad superior no ha destruido la antigua organización del pueblo, y quizá el decreto en que se dice haber establecido la esclavitud el czar solo quisiera impedir que los campesinos abandonasen esta cooperación, sin la que el orden social antiguo hubiera caído pronto. La hipótesis del parentesco por agnación entre los convecinos, la mezcla de los derechos personales y de propiedad y otros muchos organismos espontáneos de la administración interior del pueblo ruso son exactamente iguales que en la India, pero hay una diferencia que conviene anotar con el mayor interés. Los copropietarios de una villa en la India, aun poseyendo en común, tienen en sus derechos una separación completa y que se perpetúa indefinidamente. La misma separación existe en Rusia teóricamente, pero no es per-

petua, sino temporal. Después de cierto tiempo, no siempre el mismo, los derechos particulares se extinguen, las tierras se ponen en común y se distribuyen otra vez entre las familias de la comunidad, según el número de sus miembros. Después de este reparto, los derechos de familias é individuos vuelven á desarrollarse en distintas direcciones, hasta el próximo período de distribución.

Hay una variedad aún más curiosa de este tipo de propiedad en los países que se han disputado tanto tiempo Turquía y Austria. En Servia, en Croacia, entre los eslavos de Austria, las comunidades de las villas se forman á la vez de copropietarios y parientes, pero su disposición interior difiere de la indicada en los dos ejemplos anteriores. La propiedad común ni está dividida ni se considera divisible, sino que la tierra se cultiva por el trabajo combinado de todos los habitantes y los productos se dividen anualmente entre las familias, ó según sus supuestas necesidades, ó según reglas que conceden á determinadas personas una parte fija de los frutos. Los jurisconsultos de Europa oriental atribuyen esta práctica al principio, de las leyes eslavas primitivas, de que la propiedad de las familias no puede ser dividida para siempre.

El gran interés de estos fenómenos en un estudio como éste, consiste en ver por ellos el desarrollo del derecho de propiedad *en el interior* de los grupos á que parece que perteneció en su origen. Creo por motivos poderosos que la propiedad de la tierra pertenecía antiguamente, no á los individuos ni á las familias, sino á sociedades más extensas, organizadas en la forma patriarcal; pero el tránsito, por lo menos oscuro, de la antigua propiedad á la moderna sería mucho más oscuro á no haberse descubierto y estudiado varias formas bien marcadas de estas comunidades. Conviene notar las variedades de arreglo interior de los grupos patriarcales, que pueden ó han podido ser observados recientemente, en los pueblos de origen indo-europeo. Se dice que los jefes de las tribus más rudas de las montañas distribuían los alimentos á los jefes de familia colocados á sus órdenes con muy cortos intervalos y á veces todos los días. También hacen una distribución periódica á los habitantes de las villas eslavas de las provincias austriacas y turcas

los ancianos de la corporación, pero es de una vez, al hacerse la cosecha anual. En las villas rusas la propiedad dejó de considerarse indivisible, y se desarrollaron libremente las pretensiones á la propiedad aislada; pero los progresos de la separación se detuvieron al cabo de cierto tiempo. En la India, no sólo no es indivisible el fundo común, sino que la propiedad separada de un trozo puede prolongarse sin fin, y subdividirse; pero de hecho la división es imposible por la costumbre y por la regla que prohíbe admitir extraños sin el consentimiento de la comunidad.

No digo que estas diferentes formas de comunidad de villa representen estaciones distintas en el tránsito del derecho de propiedad, ni que hayan sucedido en todas partes lo mismo. Pero, aunque nuestros testimonios no nos permitan ir tan lejos, sí permiten suponer que la propiedad privada, en la forma que hoy conocemos, se ha formado por grados, principalmente por la separación de los derechos individuales de los colectivos de una comunidad. Nuestros estudios sobre el derecho personal parece muestran la familia desarrollada en el grupo de los agnados; perdido después el grupo de agnados en *gentes* separadas; y por fin, reemplazando al individuo á la *gens*; y nuestros estudios ahora parece indican que, á cada paso de esa transformación, corresponde una alteración análoga en la naturaleza de la propiedad. Si esta indicación es cierta, afecta materialmente sin duda á la solución del problema que se han propuesto los teóricos respecto al origen de la propiedad. La cuestión, acaso insoluble, que ellos más han discutido, es la de los motivos por que se empezaron los hombres á respetar sus posesiones unos á otros. Se puede presentar también, sin esperanza de éxito, en la forma de averiguar los motivos que un grupo de hombres pudo tener para respetar el dominio de otro grupo. Pero si es cierto que el punto más notable de la historia de la propiedad privada está en su desprendimiento gradual de la copropiedad de la tribu, el objeto de las investigaciones es el mismo que ocurre en el origen de toda ley histórica: ¿Cuáles son los motivos que han guiado á los hombres á unirse en familia? La jurisprudencia no puede, sin auxilio de otras ciencias, dar respuesta. No puede más que consignar el hecho.

La indivisión de la propiedad en las antiguas sociedades no excluye la exactitud con que se divide cuando una parte es separada completamente del patrimonio. Esto procede sin duda de que se supone que la propiedad, al separarse, pasa á ser de un nuevo grupo, tanto que siempre que se ocupan de ella, una vez dividida, la tratan como un negocio entre dos cuerpos muy complejos. Ya he comparado el derecho antiguo con el internacional moderno, respecto á la dimensión y complejidad de las corporaciones cuyos derechos y cargas estudia aquél. Como los contratos y las transmisiones de la propiedad son cosas en que toman parte, no individuos aislados, sino sociedades organizadas, requieren muchas formalidades: un gran número de actos simbólicos y de palabras para grabar el acto en la memoria de todos los que toman parte, y la presencia de un gran número de testigos. De estas otras particularidades derivadas proviene el carácter resistente de las antiguas formas de propiedad.

A veces, el patrimonio es inalienable en absoluto, como entre los esclavos; las más de las veces, sin serlo en absoluto, lo es la práctica, como en casi todas las tribus germanas, por la necesidad de obtener el consentimiento de gran número de personas. Y donde estos impedimentos no existen ó pueden dispensarse, el mismo acto de la transferencia está recargado de formalidades, en que no es prudente descuidar ni una jota. El antiguo derecho no admite la dispensa de un gesto, por grotesco que sea, ni de una sílaba, aunque ya resulte sin sentido; ni de un solo testigo, por inútil que sea su testimonio. Las ceremonias deben ser hechas enteramente por las personas á que legalmente toca asistir; si no, la transferencia es nula, y se reintegra al vendedor en los derechos de que quiso en vano despojarse.

Estos obstáculos diversos á la circulación de los objetos útiles ó agradables, comenzaron á notarse en cuanto la sociedad tuvo un ligero movimiento; y en los medios con que las sociedades han tratado de vencerlos está el fondo de la historia de la propiedad. Hay uno de estos medios que aventaja á los demás por lo general y lo antiguo: el de dividir los bienes en varias clases; que debió presentarse espontáneamente á muchas sociedades primitivas. Una espe-

cie de bienes quedó debajo de las otras en orden de dignidad; y, al mismo tiempo, se desembarazó de los lazos con que la antigüedad sujetaba los bienes superiores. Más tarde, la ventaja mayor de las reglas de transmisión y sucesión de los bienes creídos inferiores se fué reconociendo generalmente; y, por graduales innovaciones, la propiedad superior adquirió la plasticidad de la inferior. La historia del derecho de propiedad romano está en la asimilación de las cosas *mancipi* y *nec Mancipi*. La historia de la propiedad en el continente europeo es la destrucción del derecho feudal sobre la tierra por el romano relativo á los muebles; y aunque la historia de la propiedad en Inglaterra no está completa, se ve que el derecho de los bienes personales amenaza absorber y anular el de los bienes reales.

La única clasificación natural de los objetos útiles, basada en una diferencia esencial de los mismos, es la en muebles é inmuebles. Esta clasificación, familiar á los jurisconsultos, se desarrolló muy lentamente en el derecho romano, de donde deriva, y no se adoptó definitivamente hasta los últimos tiempos. Las clasificaciones del antiguo derecho semejan á ésta aparentemente á veces. Solían dividir los bienes en categorías y colocar los inmuebles en una de ellas; pero ó añadían á los inmuebles cosas que nada tienen que ver con ellos, ó separaban varios derechos que les están unidos estrechamente. Las cosas *mancipi* de Roma comprendían no solo las tierras, sino los esclavos, los caballos y los bueyes. En el derecho escocés entran con la tierra muchos títulos; y en el indio, los esclavos. El derecho inglés, por otra parte, separa los baldíos de las demás clases de tierra y les une á los bienes personales bajo el nombre de *chattels real*.

Por otra parte, las clasificaciones del antiguo derecho suponen superioridad é inferioridad; mientras que la división en muebles é inmuebles, al menos en derecho romano, no envolvía diferencia de dignidad. En tanto, las cosas *mancipi* eran consideradas superiores á las *nec Mancipi*; y los bienes que los escoceses llaman *heritable property* y los ingleses *realty* son superiores á los llamados *personalty*, á los que son opuestos. Los jurisconsultos respectivos han querido fundar estas clasificaciones en motivos comprensibles; pero



la filosofía del derecho no puede explicarlas, sino solamente la historia. La explicación más completa es que los bienes más distinguidos son los que primeramente conoció cada sociedad, y á que llamó solamente *propiedades*. Por otra parte, el haber considerado inferiores otros bienes y colocándolos en rango inferior es porque su valor se conoció después de detenerse el catálogo de los bienes superiores. Al principio eran desconocidos, ó raros, ó de poco uso, ó quizá mirados como simples apéndices de la propiedad superior. Así, aunque en Roma figuran entre las cosas *mancipi* varios objetos muebles de gran valor, las alhajas más preciosas no fueron nunca incluidas, porque los primeros romanos no las conocieron. Asimismo, en Inglaterra, los terrenos llamados *chattels real* han sido comprendidos entre los bienes inferiores llamados *personalty*, á causa de ser raros y de poco valor durante la ley feudal.

Lo curioso es que estos bienes hayan continuado reputándose inferiores después de haberse multiplicado y tener importancia. ¿Por qué no se les ha ido incluyendo entre los más favorecidos? Una razón conserva las clasificaciones. Es un carácter de entendimientos poco cultos y sociedades primitivas no comprender sin esfuerzo una regla general distinta de las aplicaciones que las son familiares. No pueden formar una máxima general de los varios ejemplos de su experiencia cotidiana; y niegan la designación dada á los bienes mejor conocidos á otros exactamente semejantes, por ser útiles y por ser materia de derecho.

Pero á estas influencias, que tienen una fuerza especial en materias de derecho, se unen luego otras más conformes con el progreso de las ideas de utilidad pública. Los tribunales y los jurisconsultos llegan á sentir las incómodas informalidades exigidas para la transferencia, la reivindicación y la sucesión de los bienes superiores; y les repugna imponerlas á los demás bienes como en la infancia del derecho. De aquí dimana la tendencia á dejar estos bienes en un rango inferior en las clasificaciones y á permitir su transmisión por procedimientos más sencillos que los que, en las transmisiones primitivas, sirven de obstáculo á la buena fe y de escalera al fraude.

Quizá no podemos comprender bien todos los inconve-

nientes de las antiguas transmisiones. Nuestros actos de transmisión son escritos, y su redacción, meditada con cuidado por el notario, rara vez no es precisa. Pero las transferencias del antiguo derecho no eran escritas, sino *representadas*: gestos y palabras reemplazaban á la redacción de un jurisconsulto; y una fórmula mal dicha, un acto simbólico omitido anulaban el acto tan fatalmente como lo anulara hace un siglo, en un documento inglés, el error en la enumeración de los *uses* ó de los *remainders*. Y esto es indicar sólo á medias los inconvenientes del ceremonial antiguo. Mientras el rigorismo de la transmisión, escrita ó representada, se impone sólo á la de la tierra, las probabilidades de error son pocas, porque nadie se deshace de la tierra con precipitación. Pero la clase superior de bienes en el antiguo mundo comprendía también muchos muebles de los más conocidos y preciosos. Cuando la actividad social se rapidizó, hubiera sido un inconveniente enorme exigir formas de transferencia muy complicadas para un caballo ó un buey, ó para el objeto más precioso de entonces, el esclavo. Mercaderías de este género debieron constantemente y de ordinario ser vendidas con formalidades incompletas y poseídas, por lo tanto, con títulos imperfectos.

Las cosas *mancipi* del viejo derecho romano eran: la tierra (en los tiempos históricos, la del suelo italiano), los esclavos y las bestias de carga, como caballos y bueyes. Indudablemente, los objetos comprendidos en esta clase fueron los instrumentos del trabajo agrícola, las más importantes mercaderías para un pueblo primitivo. A mi juicio, á esto se lo llamó desde luego por excelencia *cosas* ó *bienes*, y se empleó para transmitirlos el *mancipium* ó *mancipatio*; pero hasta mucho después no se les llamó especialmente cosas *mancipi* «que exigen una mancipación». Al lado de ellas existía ó vino á existir otra clase de objetos para cuya transmisión no se acudía al ceremonial de la *mancipatio*: bastaba con llenar parte de las formalidades ordinarias, especialmente la entrega inmediata y material, *tradición*, que es la indicación más aparente de un cambio de propiedad. Estos bienes fueron las *res nec Mancipi*, «las cosas que se transfieren sin mancipación»; poco estimadas quizá al principio y transmitidas con frecuencia de un grupo á otro de



propietarios. Ahora, como la lista de cosas *mancipi* se cerró irrevocablemente, la de las *nec mancipi* podía indefinidamente extenderse; y toda conquista del hombre sobre el mundo material añadía un artículo á los *nec mancipi* ó aumentaba la importancia de los que ya lo eran. Así, insensiblemente, las cosas *nec mancipi* llegaron á igualar á las *mancipi*, y disipada la idea de una inferioridad intrínseca, los hombres se dieron cuenta de las muchas ventajas de las formas de transferencia más simples sobre las complicadas del ceremonial antiguo. Dos de los agentes del progreso jurídico, la ficción y la equidad, fueron constantemente empleados por los jurisconsultos para dar á la tradición los efectos de la mancipación, y al fin, aunque los legisladores temieron mucho tiempo declarar que la propiedad de una cosa *mancipi* pudiera transferirse inmediatamente por la simple entrega del objeto, Justiniano dió este paso, borrando la diferencia entre cosas *mancipi* y *nec mancipi* y haciendo de la tradición la única condición jurídica de la transferencia. La preferencia que los jurisconsultos concedieron desde el principio á la tradición, les movió á darle en sus teorías un puesto que ha hecho errar á sus discípulos acerca de su historia. La tradición figuraba entre los modos naturales de adquirir porque la practicaban generalmente las tribus italianas y porque era el procedimiento más sencillo. Si se miran un poco las expresiones de los jurisconsultos, se ve que, á su juicio, la tradición era más antigua que la mancipación, por proceder aquélla del derecho natural y ésta de la sociedad civil; lo cual es claro que no es cierto.

La distinción de cosas *mancipi* y *nec mancipi* es el tipo de una clase de distinciones á que la civilización debe mucho, que abraza todas las cosas útiles, varias de las cuales forman una sola clase, mientras otras son abandonadas en una categoría menos alta. Los bienes inferiores son primeramente excluidos, por desdén ó negligencia, de las pesadas ceremonias antiguas; y los modos sencillos de transferir, generalizados primero por costumbre, pasan en otro grado de progreso intelectual á ser un modelo, cuya utilidad y sencillez son la mejor crítica del antiguo sistema ceremonioso. Pero en algunas sociedades las trabas puestas á la propiedad son demasiado fuertes y complicadas para caer tan fácilmente. El

hijo indio, como queda dicho, tiene desde que nace participación en la propiedad del padre y se requiere su consentimiento para enajenarla. En igual sentido, las costumbres generales de los antiguos germanos, á excepción de los anglo-sajones, prohibían la enajenación sin el consentimiento de los hijos varones; y el derecho primitivo de los eslavos la prohibía en todo caso. Impedimentos de esta clase no se vencen con una distinción entre las formas de la propiedad, tanto menos cuanto que abarcan todas las cosas útiles; de aquí que el antiguo derecho, cuando entra en vías de progreso, acude á otra distinción de los bienes, no por su naturaleza, sino por su origen. En la India, donde hallamos señales de los dos sistemas de clasificación, hay un ejemplo del último en la diferencia establecida para las sucesiones y las adquisiciones. Los bienes que el padre ha heredado son propiedad común de los hijos desde que nacen; pero, según costumbre general, los que adquiere durante su vida le pertenecen como suyos y puede transmitirlos como le convenga.

Algo así hay en el derecho romano, donde el primer golpe á la patria potestad fué el permiso dado al hijo de guardar para él lo adquirido en el servicio militar. Pero parece que fueron los germanos los que usaron más ampliamente este modo de clasificación. He dicho muchas veces que el alodio, aunque enajenable, era muy difícil transferirle, y que, además, sólo pasaba por herencia á los agnados. Así nacieron muchas distinciones para disminuir los inconvenientes de esa propiedad. El *wehrgeld* ó composición para el homicidio de un pariente, que ocupa tan alto lugar en el derecho germánico, no entraba en el dominio familiar y seguía reglas de sucesión totalmente diferentes. Igualmente el *reipus*, multa á la viuda que volvía á casarse, no entraba en el alodio de aquél á quien se pagaba y seguía un orden de sucesión en que los agnados no tenían privilegio; además, como entre los indios, se distinguía las adquisiciones del jefe de familia de los bienes heredados por él, permitiéndole disponer de los primeros más fácilmente. Había otras clasificaciones, y se distinguía la tierra de los muebles; pero los muebles estaban por su parte divididos en muchas categorías, sometidas todas á reglas diferentes. Este exceso de clasificación, extraño al parecer

en un pueblo tan tosco como el que conquistó á Roma, se explica, sin duda, por la presencia del derecho romano que absorbieron durante su larga permanencia en las fronteras del Imperio. Fácil es remontándose al origen de casi todas las reglas sobre transmisión y herencia de los bienes no alodiales, hallarle en el derecho romano, del que probablemente se tomaron en distintas épocas y fragmentariamente.

No podemos ni conjeturar hasta qué punto estos procedimientos facilitaron la libre circulación de los bienes, porque tales distinciones no tienen historia moderna. Como ya he dicho, la forma alodial de la propiedad se perdió en la feudal, y cuando el sistema feudal se consolidó y completó, sólo quedó la distinción entre la tierra y las mercaderías y entre los muebles y los inmuebles, de todas las conocidas en el mundo occidental. Al parecer esta distinción es la misma que el derecho romano acabó por aceptar, pero el derecho de la edad media difería del de Roma en que consideraba la propiedad inmueble positivamente más noble que la mueble. Con todo, este ejemplo basta para demostrar lo importante de aquellos procedimientos. En todos los países que imitaron al Código francés, casi todo el continente europeo, el derecho sobre los muebles, que fué siempre de derecho romano, ha sustituido al derecho feudal sobre la tierra. Inglaterra es el único país importante donde aún se está lejos de realizar completamente el cambio. Bien es verdad que sólo en Inglaterra la distinción de muebles é inmuebles ha sido un tanto turbada por las influencias que separaron las antiguas clasificaciones de los juriconsultos de la única fundada en la naturaleza. En conjunto, el derecho inglés distingue la tierra y las mercaderías; pero varias de éstas se consideran como apéndices de la tierra y ciertos intereses de ésta, por causas históricas, figuran entre los bienes personales ó muebles. No es en este caso sólo donde el derecho inglés reproduce los fenómenos del derecho primitivo, aislado de la gran corriente de las modificaciones jurídicas.

Voy á tratar de algunos procedimientos con que se atacó más ó menos felizmente las trabas de la propiedad; advirtiéndole que el plan de este libro no permite hablar de los

muy antiguos. Y conviene insistir sobre uno de ellos, porque los poco peritos en historia del derecho extrañaran que se aplicaran ya, en la infancia de éste, principios que al derecho moderno ha costado gran repugnancia y trabajo admitir, y que difícilmente se llevan hasta sus últimas consecuencias; como el llamado *usucapión* en Roma, y entre nosotros *prescripción*. Era una regla positiva del derecho anterior á las XII Tablas, que las cosas poseídas cierto tiempo sin interrupción se hacían propiedad del poseedor. El plazo era muy corto, uno ó dos años, según la naturaleza del objeto; y aunque, en los tiempos históricos, la usucapión no corría sino empezando la posesión de cierto modo, es probable que, en época anterior, la posesión se hiciera propiedad en condiciones menos severas que dicen los autores.

Repito que no creo que la jurisprudencia baste para explicar el respeto de los hombres hacia la posesión de hecho; pero es muy interesante que, cuando las sociedades primitivas adoptaron el principio de la usucapión, no sufrían la influencia de las dudas y vacilaciones especulativas que han retrasado la adopción del principio entre los modernos. Los juristas modernos han visto siempre la prescripción con repugnancia y la han adoptado con violencia. En muchos países, especialmente en Inglaterra, la ley no ha pasado del grosero procedimiento de negar toda acción fundada sobre un daño anterior á cierta época, en general, el primer año de algún reinado anterior, y hasta después de la edad media, reinando Jacobo I, no se tuvo una ley, bien imperfecta por cierto, sobre prescripción.

Esta lentitud para adoptar aquella parte del derecho romano, leída constantemente por la mayoría de los legisladores europeos, se debe al derecho canónico. Las costumbres eclesiásticas de que procede el derecho canónico, relativas á intereses sagrados ó casi sagrados, consideraban naturalmente los privilegios que conferían imposibles de perderse por desuso; y en este sentido, cuando la jurisprudencia eclesiástica se consolidó, resistió particularmente á la prescripción. Al presentar los juriconsultos eclesiásticos su derecho canónico como modelo de legislación civil, influyó firmemente sobre los primeros principios. Dió menos reglas formales que el derecho romano á los cuerpos con-

suetudinarios de Europa, pero sembró la tendencia eclesiástica sobre numerosos puntos fundamentales; y la tendencia se fortaleció con el desarrollo de cada sistema.

Pero si la repugnancia á la prescripción fué un resultado de esta influencia, yo creo que este prejuicio se aumentó al encontrarse con la doctrina de los jurisconsultos escolásticos de la escuela realista, según los cuales un derecho era indestructible aunque variara la legislación y aunque se le abandonara indefinidamente. Aún hay restos de este modo de pensar. Donde se discute en serio la filosofía del derecho, las cuestiones sobre las bases teóricas de la prescripción son calurosamente discutidas; y aún hoy interesa en Francia y en Alemania averiguar si una persona que durante varios años no ha estado en posesión es privada de su propiedad como castigo, ó porque la ley no quiere discusiones interminables. Pero ninguno de estos escrúpulos turbaba el entendimiento de la sociedad romana primitiva. Sus antiguas costumbres privaban de la propiedad á quien dejaba de estar en posesión, bajo ciertas condiciones, durante uno ó dos años; y no es fácil saber exactamente el sentido de la regla primitiva de usucapición, pero, tomada con las limitaciones que los libros indican, era una útil garantía contra los inconvenientes de un sistema de transferencia muy complicado.

Para gozar de las ventajas de la usucapición, era de rigor primeramente que la posesión continuada comenzase de buena fe, ó sea, con la creencia en el poseedor de que adquiría legitimamente la propiedad; y además que el objeto se le hubiere transmitido por un modo de enajenación que, sin servir de título completo, estuviera al menos reconocido por la ley. Así, en un caso de mancipación cuyas ceremonias se hubieran practicado con algún descuido, si se había llegado á la entrega ó tradición, el vicio del título era redimido por la usucapición. Nada hay en la práctica de los romanos que atestigüe en tan alto grado su genio jurídico como el empleo de la usucapición. Las dificultades que les rodeaban eran casi las mismas que rodeaban y rodean á los legistas ingleses. Por la complicación de su sistema, que no tuvieron ni valor ni fuerza para poder reconstruir, el derecho real se hallaba constantemente sepa-

rado del derecho positivo; el que era propietario en equidad no lo era en derecho. Pero la usucapición empleada por los jurisconsultos era un mecanismo por el que la falta de regularidad del título de propiedad estaba siempre salvada, y por el que la propiedad y la posesión, separadas un momento, se reunían de nuevo prontamente. La usucapición no perdió sus ventajas hasta las reformas de Justiniano. Confundidos el derecho y la equidad y dejando de ser la mancipación la transferencia romana, el antiguo procedimiento se hizo inútil, y la usucapición, cuyo plazo se alargó considerablemente, se transformó en la prescripción, que han adoptado al fin casi todos los sistemas modernos.

Mencionaré brevemente otro procedimiento de igual objeto que el anterior y que, aunque no aparezca en el principio de la historia del derecho inglés, se remonta á la más alta antigüedad en el romano; tanto que algunos romanistas alemanes, no observando las luces que en esta materia da la analogía del derecho inglés, le han creído más viejo que la mancipación. Hablo de la *cessio in jure*, reivindicación simulada, ante un tribunal, de la propiedad que se va á comprar. El demandante reclamaba el objeto en la forma ordinaria del procedimiento; el demandado no asistía, y el objeto, por consiguiente, se adjudicaba al demandante. No es necesario recordar á los legistas ingleses que este procedimiento ocurrió también á nuestros padres y produjo aquellas famosas multas y reivindicaciones (*fines and recovery*) que tanto han servido para llevar á la transmisión de la propiedad las trabas del derecho feudal. Entre el procedimiento romano y el inglés hay muchas cosas comunes, y ambos se aclaran provechosamente; pero existe la diferencia de que el fin de los legistas ingleses era separar las dificultades que existían en el título, mientras que los romanos trataban sólo de prevenirlas, sustituyendo una forma de transferencia necesariamente inatacable á otra forma frecuentemente atacada. Realmente es un procedimiento que se ocurre tan pronto como los tribunales funcionan constantemente, sin variación en las ideas primitivas. En estados más avanzados, los tribunales consideran un abuso procesal cualquier litigio simulado; pero siempre ha habido un tiempo en que bastaba con observar las formas escrupulosamente.

Mucho han influido los tribunales y su procedimiento sobre la propiedad: pero este asunto es muy extenso para las dimensiones de este libro y nos llevaria demasiado lejos. Debemos, sin embargo, decir que á ellos se debe la distinción entre posesión y propiedad; no la distinción misma, que, según un gran romanista inglés, es sólo la diferencia entre el derecho y el poder físico de ejecutar algo; sino la importancia que ha adquirido en la filosofía del derecho. La mayoría de las personas versadas en literatura jurídica han oído hablar de las confusiones de lenguaje de los juristas romanos sobre la posesión, y de que la solución del enigma por Savigny es la prueba más grande de su genio.

La posesión no es fácil de comprender por los términos de los juristas romanos. La palabra, según su etimología, debió de indicar primeramente el contacto físico ó la facultad de producir éste á voluntad; pero en el uso ordinario y sin epíteto, designa no sólo la tenencia material, sino el ánimo de hacer propia la cosa tenida. Savigny, siguiendo á Niebhur, notó que el origen de esta anomalía debía de ser histórico. Hizo notar que los patricios de Roma, que se hicieron colonos, bajo una renta nominal, de la mayor parte de las tierras públicas, eran simplemente poseedores en el antiguo derecho romano, pero poseedores dispuestos á conservar la tierra contra todo nuevo poseedor. Su pretensión, en realidad, era casi igual á la suscitada recientemente en Inglaterra por los poseedores de bienes de la Iglesia. Reconociéndose en teoría colonos del Estado, separables á voluntad, sostenían que el tiempo y el disfrute continuo habían transformado en propiedad su posesión, y que sería injusto despedirles para distribuir de nuevo las tierras. La asociación de esta pretensión y de los colonatos patricios ha influido de modo permanente en la palabra posesión.

El único medio que tenían los colonos, si se les quería echar ó turbar, era el interdicto posesorio, forma inventada por el pretor para protegerles, ó según otros, empleada antiguamente para sostener en posesión á un litigante hasta la resolución del pleito. Se comprendió entonces que el propietario, como poseedor, podía solicitar el interdicto, y éste vino á ser, por un sistema procesal muy artificioso, el procedimiento aplicable á las discusiones judiciales de un te-

rreno. Así empezó un movimiento que, según John Austin, se ha reproducido después en el derecho inglés. Los propietarios, *domini*, prefirieron la sencillez de formas y la rapidez del interdicto á la complicación y dilaciones de la acción real; y á dicho fin invocaron la posesión como parte integrante de su propiedad. Esta facultad, concedida á quienes no eran propiamente poseedores, sino propietarios, de acogerse á la acción posesoria, pudo ser primeramente un beneficio, pero á la larga ha alterado seriamente el derecho romano y el inglés. Al derecho romano le dió varias sutilezas sobre la posesión que han contribuido mucho á desacreditarle; y el derecho inglés, para desembarazarse de la confusión en que cayeron las acciones reivindicatorias, ha tenido que acudir á un remedio heróico. Nadie dudará que la abolición virtual de la acción real inglesa, hace treinta años, fué ventajosa al público; pero los amantes del orden en el derecho censurarán que, en vez de aclarar, perfeccionar y simplificar las acciones del propietario, se hayan sacrificado todas á la acción posesoria de la evicción, fundando en una ficción legal todo el sistema sobre reivindicación de la tierra.

Los tribunales ayudaron también mucho á modificar las ideas sobre la propiedad distinguiendo la equidad y el derecho, que son al principio base de dos jurisdicciones separadas. La propiedad de equidad en Inglaterra es simplemente la atribuida al Tribunal de Cancillería. En Roma el pretor introdujo los nuevos principios con la promesa de aceptar, en ciertas condiciones, una acción ó excepción especial; y por tanto la propiedad *in bonis*, ó de equidad en Roma, sólo tenía la defensa procesal del pretor. Difiere algo en Roma é Inglaterra el medio de defender contra el propietario los derechos fundados en la equidad. Entre nosotros están garantidos por las facultades del tribunal de Cancillería. Pero cuando el derecho y la equidad no constituían sistema y se administraban por las reglas romanas, no había tal facultad y se buscaba el medio más sencillo de negar al propietario los bienes que de hecho pertenecían á otro.

El resultado en uno y otro procedimiento es el mismo: el de mantener con distinciones procesales nuevas

formas de propiedad, de carácter provisional, hasta hacerlas conformes á derecho por el lapso de tiempo. Así el pretor concedía inmediatamente la propiedad de una cosa *mancipi* á quien la adquirió por simple tradición, sin que la usucapión se hubiera completado; y así, en cierta época, reconocía la propiedad del acreedor hipotecario (*anticresis*), que empezó por ser depositario solamente, y la del enfiteuta ó colono de una tierra á renta perpetua fija. En sentido paralelo, el tribunal de Cancillería inglesa creó un derecho de propiedad especial para el acreedor hipotecario (*mortgagor*), para la mujer casada cuyo contrato tenía ciertas cláusulas, y para el comprador que aún no había adquirido la propiedad completa. En todos estos casos hay formas de propiedad nuevas, reconocidas y conservadas; pero la equidad ha influido indirectamente de muchos modos más en Inglaterra y en Roma. Donde quiera que sus autores extendieron la equidad, el derecho de propiedad fué más ó menos afectado y modificado. Al hablar anteriormente de las distinciones legales y de los procedimientos antiguos que influyeron en la propiedad, significaba además que esta influencia dependía de las ideas de perfeccionamiento que respiraban los autores de sistemas de equidad.

Para describir la influencia de ésta en la propiedad habría que hacer su historia completa. Yo he hablado de ella principalmente porque muchos autores contemporáneos de nota creen que la diferencia romana entre propiedad legal y de equidad explica la diferencia de la propiedad feudal y la romana. El feudalismo reconocía la doble propiedad del señor del feudo y del poseedor; y dícese que esto parece una forma generalizada de la distinción romana entre propiedades quiritarias (ó de derecho, que diríamos hoy) y bonitarias, ó de equidad. Gayo mismo observa que la distinción de dos clases de propiedad es especial del derecho romano, y la contrapone á la propiedad completa ó alodial de otras naciones. Aunque Justiniano sólo reconoció una clase de propiedad, los bárbaros con el que estuvieron en contacto fué con el derecho parcialmente reformado de Occidente, y en los muchos siglos que acamparon en las fronteras del imperio pudieron aprender aquella distinción, origen luego de tan importantes resultados.

Para admitir esto, hay que reconocer antes que los elementos de derecho romano contenidos en las leyes bárbaras se han estudiado imperfectamente. Las teorías insuficientes ó erróneas sobre el feudalismo tienen de común el desdén á este elemento especial de su organización. Los autores antiguos de más fama en Inglaterra sólo daban importancia á detalles de la época turbulenta en que se completó el sistema feudal; y á este error se ha unido recientemente el de los alemanes que, por orgullo de nacionalidad, exageran el valor de la organización social de sus antepasados antes de su aparición en Roma. Otros escritores ingleses, que han visto claro el origen del sistema feudal, tampoco llegan en sus investigaciones á resultados satisfactorios, ya por buscar demasiadas analogías en los Códigos de Justiniano, ya por limitar su atención á los compendios de derecho romano que corren unidos á ellos.

Si el derecho romano tuvo alguna influencia sobre las sociedades bárbaras, la mayor parte debió de ser antes de la ley de Justiniano y de la redacción de sus compendios. Yo creo que el derecho reformado y purificado por Justiniano no fué quien dió carne y músculos al esqueleto de las costumbres bárbaras, sino el sistema indigesto que reinaba en Occidente, y que no sustituyó nunca el *Corpus juris* de Oriente. Es de suponer que el cambio ocurrió antes de conquistar los germanos ninguna parte del imperio; y por tanto, mucho antes de que los reyes germanos hicieran redactar compendios de derecho romano para sus súbditos de este origen. Quien aprecie la diferencia entre el derecho primitivo y el perfeccionado hallará la necesidad de esta hipótesis. Por groseras que sean las leyes bárbaras que poseemos, no se las puede suponer un origen totalmente bárbaro; y además, es seguro que solo conservamos por escrito una parte de las reglas practicadas por los conquistadores. Si alguna vez nos persuadiéramos de que había ya en los sistemas bárbaros gran parte de derecho romano corrompido, se habría casi conseguido resolver una grave dificultad. Para combinarse el derecho germánico de los conquistadores y el romano de sus súbditos, se requería entre ambos alguna afinidad mayor de la que hay entre un derecho refinado y unas costumbres salvajes, y acaso los Códigos

bárbaros, por primitivos que parezcan, sólo son una mezcla de costumbres primitivas y de derecho romano mal comprendido, y por este elemento extraño pudieron fundirse con una jurisprudencia romana á la que faltaba ya la perfección relativa adquirida bajo los emperadores de Occidente.

A pesar de todo, hay muchas razones para pensar que la propiedad feudal provenga de la doble propiedad romana. La distinción entre la propiedad de equidad y de derecho parece una sutileza poco inteligible para los bárbaros; y además, apenas se comprende sin la existencia de tribunales regulares. Pero la objeción más fuerte contra esta teoría es una forma de propiedad del derecho romano creada por la jurisprudencia de equidad que nos explica mucho más fácilmente el tránsito de unas á otras ideas: la enfiteusis, sobre la que se estableció frecuentemente el feudo de la edad media, aunque no se sabe exactamente su influencia en el origen de la propiedad feudal.

Es indudable que la enfiteusis, aunque quizá no se la conocía por su nombre griego, dió el camino para el feudalismo. La primera vez que en la historia romana se habla de propiedades demasiado grandes para cultivadas por un *pater familias* con sus hijos y esclavos, es al tratar de las propiedades de los patricios. Estos grandes propietarios no debieron de tener idea del cultivo por colonos libres. Sus *latifundia* los cultivaban esclavos dirigidos por capataces, esclavos ó manumitidos; toda la organización estaba en hacer con los esclavos inferiores pequeños grupos, que servían como de peculio á esclavos mejores y de más confianza, interesados en el éxito del trabajo. Sin embargo, este sistema era desfavorable, sobre todo para las municipalidades. En Italia los funcionarios cambiaban con rapidez sorprendente hasta en la misma Roma, y tenía que ser muy imperfecta la vigilancia de un gran dominio por parte de una municipalidad. Así se dice que por esto empezó la costumbre de colonizar los *agri vectigali*, es decir, dar la tierra á perpetuidad á un colono libre, con renta fija y ciertas condiciones. Imitado después esto por gran número de propietarios, el colono, cuyas relaciones con el arrendador se definían al principio por contrato, fué reconocido por el pretor como

dueño de una especie de propiedad que se llamó enfiteusis. Desde este momento, la historia de la posesión de tierras se divide en dos ramas.

Durante este largo período, en que nuestros datos sobre el Imperio son muy incompletos, los esclavos de las grandes familias se transformaron en *coloni*, cuyo origen y condición son de lo más obscuro de la historia. Quizá se debió á la vez á la elevación de los esclavos y al descenso de los arrendatarios libres, al convencerse los romanos ricos del aumento de valor que toma la propiedad cuando el cultivador tiene interés en los productos. Los *coloni* eran siervos rurales, cuyo estado difería en muchas cosas de la esclavitud completa y que quedaban libres del amo, mediante cierta porción de la cosecha; y sabido es también que han sobrevivido á todas las revoluciones antiguas y modernas. En el feudalismo, aun colocados en los grados inferiores de la organización, siguieron en muchos sitios, pagando al propietario como se pagaba al *dominus*, y de uno de ellos, los *medietarii*, que pagaban la mitad de la cosecha, descienden los campesinos que cultivan aún el suelo de casi todo el S. de Europa. Por otra parte, la enfiteusis, á juzgar por las alusiones del *Corpus juris*, fué una novedad útil y corriente, y quizá por ella se rigieran los intereses de los colonos libres. El pretor, como queda dicho, veía en el enfiteuta un verdadero propietario. Dábale la acción real como á éste cuando era despojado y protegíale contra toda perturbación del dueño, mientras pagaba puntualmente el canon. Esto no indica que la propiedad del arrendador se suspendiese ó se extinguiese: quedábanle la facultad de volver á ella por falta de pago, el derecho preferente para comprarla y cierto poder de inspección del cultivo.

Hay, pues, en la enfiteusis un ejemplo atendible de las dos clases de propiedad del feudalismo, ejemplo más claro que la diferencia entre propiedad de derecho y de equidad. Pero la historia de la posesión romana no acabó aquí. Está probado que, entre las grandes fortalezas de la línea del Rhin y del Danubio, que aseguraron tanto tiempo la frontera del Imperio en contra de los bárbaros, hubo terrenos, los *agri limitrophí*, ocupados por los veteranos del ejército á título de enfiteutas: esto era una doble propiedad. El



Estado era dueño del suelo, pero los soldados le cultivaban sin otra limitación ni condición que estar dispuestos para el servicio militar cuando la situación lo exigía. Aquella especie de servicio de guarnición, de régimen parecido al de las colonias militares de la frontera austro-turca, reemplazó al canon que pagaba el enfiteuta ordinario. Es indudable que en esto fundaron los reyes bárbaros el feudalismo. Habían visto funcionar la enfiteusis varios siglos, y muchos veteranos que guardaban la frontera tenían también origen, y acaso idioma, germánicos. La proximidad de modelo tan fácil de imitar explica por qué los reyes francos y lombardos quisieron asegurar los servicios militares dando á los soldados tierras; y por qué los beneficios tomaron en seguida tendencia hereditaria, á igual de la enfiteusis, que, aun sujeta al contrato original, pasaba casi siempre á los herederos del enfiteuta.

Es indudable que los beneficiarios, como después los señores de los feudos, debieron servicios poco propios de un colono militar, y nunca prestados por el enfiteuta. Aquel deber de respeto y gratitud al superior feudal, su ayuda para dotar á la hija y armar al hijo, la sujeción á su tutela en la menor edad y otros detalles debieron de copiarse de las relaciones establecidas en Roma entre el patrono y el liberto. Pero se sabe que los primeros beneficiarios acompañaban al soberano, lo cual, por brillante que parezca, envuelve notas de servidumbre. La persona que servía en su corte al soberano perdía algo de aquella libertad personal completa que constituye el privilegio más alto del propietario alodial.



## CAPÍTULO IX

### HISTORIA PRIMITIVA DEL CONTRATO

Pocas proposiciones generales relativas á este siglo son de tan fácil aceptación como ésta: «la sociedad actual se distingue de las anteriores principalmente por el gran lugar que ocupa el contrato en ella». Algunos de los fenómenos en que descansa esta proposición se señalan y comentan frecuentemente con elogio. Fácil es observar que en todos aquellos casos en que el derecho antiguo fijaba irrevocablemente la posición de un hombre desde la cuna, el moderno le permite crearla él mismo por contratos; las raras excepciones que aún existen de esta regla se denuncian á diario con apasionada indignación. Así, por ejemplo, la principal cuestión en la controversia aún reinante sobre la esclavitud de los negros es si el esclavo pertenece ó no á las instituciones del pasado y si la relación de obrero y patrono, única que admite la moral moderna, debe ó no estar determinada exclusivamente por contrato.

El reconocimiento de esta diferencia entre los siglos pasados y el presente forma la esencia de las investigaciones modernas más notables. Es indudable que la economía política, única rama de ciencias morales que ha progresado mucho en nuestro tiempo, no respondería á la realidad si el derecho imperativo siguiera completamente en el lugar que antes ocupaba, sin dejar á los hombres la facultad de imponerse reglas de conducta con una libertad desconocida anteriormente. Las personas versadas en la economía política tienden á considerar la verdad general de su ciencia como de carácter universal, y cuando pasan á las aplica-



ciones de arte se esfuerzan generalmente por aumentar el dominio de los contratos y reducir el derecho imperativo á lo indispensable para la ejecución de los mismos.

El impulso dado por estos pensadores comienza á notarse fuertemente en el mundo occidental. Los legisladores ya han casi confesado que no pueden seguir la actividad humana en sus descubrimientos, invenciones y manejo de capitales; y el derecho, aun en los países menos avanzados, tiende á ser una simple superficie en que se muevan reglas contractuales, de variación constante, sólo sometidas á él en la observancia de los principios fundamentales y en el castigo de la mala fe.

Los estudios sociales respecto de los fenómenos jurídicos están tan atrasados, que es natural no hallar estas verdades en los lugares comunes propagados acerca del progreso. Estos lugares comunes responden mas bien á los prejuicios que á las convicciones. La gran repugnancia de casi todos los hombres á creer progresiva la moral entra por mucho al discutir las virtudes de que depende el contrato; y así muchos niegan instintivamente que la buena fe y la confianza son más generales que en otro tiempo, y que hay algo en las costumbres contemporáneas igual á la fidelidad del mundo antiguo. Este prejuicio se fortalece de tiempo en tiempo por el nacimiento de fraudes no conocidos antes, de asombrosa complicación y de criminalidad irritante. Pero el mismo carácter de estos fraudes demuestra claramente que, para ser posible, han debido desarrollarse antes considerablemente las obligaciones morales que violan. La confianza que tiene y merece la mayor parte, es quien da á la menor facilidades para la mala fe; de suerte que los ejemplos de gran improbidad demuestran la escrupulosa honradez que reina generalmente en los asuntos y que en algunos casos favorece los impulsos criminales.

Si se buscan los datos del derecho sobre la historia de la moralidad, no en la parte de contratos, sino en la de delitos, hay que tener cuidado de leer correctamente. La sola forma de engaño en el antiguo derecho era el robo; y actualmente, el último capítulo del derecho criminal inglés es el que castiga los fraudes del mandatario. De lo cual no se deduce que los primeros romanos fuesen más morales que

nosotros, sino, por el contrario, que la moral grosera de entonces se ha refinado después; que se consideraba el derecho de propiedad como el único sagrado, mientras hoy merecen la protección de la ley penal los que nacen de un acto de confianza por parte de una persona.

Las definiciones de los jurisconsultos acerca de esto no son más exactas que las opiniones de la multitud. Las ideas de los jurisconsultos romanos son contrarias á la historia verdadera del progreso moral y jurídico. Llamaron ellos contratos *juris gentium* á los constituidos solamente por el vínculo de las partes; la expresión indica que, aunque sin duda fueron los últimamente conocidos en Roma, tenían más antigüedad que aquellos otros que podían anularse, tanto como por falta de consentimiento ó fraude, por la inobservancia de alguna formalidad técnica. Pero la antigüedad á que aludían los jurisconsultos era vaga, oscura é ininteligible, si no se la explicaba por el presente; y sólo cuando el lenguaje de los jurisconsultos fué adoptado, en época en que aún no se comprendían las formas de su pensamiento, fué cuando se estimó claramente que el contrato *juris gentium* era conocido de los hombres en el estado natural. Rousseau adoptó el error jurídico y el popular. En su disertación sobre la influencia de la ciencia y del arte en la moral, primera obra que llamó la atención y en la que formuló más en absoluto sus opiniones, cita muchas veces, como rasgos de la inocencia primitiva, borrados después por la civilización, la veracidad y la buena fe atribuidos á los antiguos persas; y más tarde halló en la doctrina del pacto social la base de todas sus especulaciones. El pacto social es la forma más sistemática del error que combatimos.

Esta teoría, que hicieron importante las pasiones políticas, se apoya totalmente en las especulaciones de los jurisconsultos. Ciertamente es que los ingleses famosos que primeramente la apoyaron, buscaban en ella ante todo su uso político; pero nunca hubieran tenido idea de ella á no haber sostenido tanto tiempo los políticos sus disputas en la lengua del derecho. Los autores ingleses de esta teoría comprendieron la amplitud especulativa por que fué tan simpática á sus herederos los franceses; sus escritos demuestran

que la creían capaz de explicar todos los fenómenos políticos. Ellos habían notado el hecho, ya visible en su tiempo, de que la mayoría de reglas positivas nacían de los contratos, y pocas del derecho imperativo; pero ignoraban la relación histórica de estos dos elementos de la jurisprudencia, ó no se cuidaban de ella. Más bien que para satisfacer sus gustos especulativos imaginaron la teoría de proceder de un solo origen todo derecho para refutar las que hacían derivar de Dios el derecho imperativo. En otro estado de inteligencia, la teoría no hubiese sido sino una ingeniosa hipótesis ó una fórmula verbal; pero su siglo estaba bajo el imperio de las supersticiones jurídicas. Tanto se había hablado del estado natural, que ya no resultaba paradoja, y fué fácil dar realidad visible y definida al origen contractual del derecho considerando el pacto social como hecho histórico.

Nuestra generación se ha desprendido ya de estos errores jurídicos, parte por la desaparición del estado intelectual que los dió origen, y parte porque ya no se formulan teorías sobre tales puntos. La ocupación favorita de las inteligencias de hoy para responder á aquellas investigaciones sobre el origen de la sociedad, consiste en el análisis de ésta, según aparece á nuestros ojos; sólo que, aun sin apelar á teorías, este análisis degenera á veces en pura curiosidad, haciendo incapaces á los que le emprenden de comprender estados sociales distintos de los suyos; y el error de juzgar los hombres de otro tiempo por la moralidad de ahora, es igual al de creer que todos los engranajes de la sociedad moderna tienen su contramarcha en las sociedades primitivas.

Ideas semejantes ocupan gran espacio, hábilmente disfrazadas, en libros históricos escritos á la moda actual. Así se encuentran sus huellas en el dominio del derecho, donde frecuentemente es alabado el apólogo sobre los trogloditas, de las *Cartas persas* de Montesquieu. Estos trogloditas eran un pueblo donde se hizo sistema la violación de los contratos y que fué destruido por completo. A través de la moral del autor, como crítica de una herejía antisocial del siglo xvii y del nuestro, nada hay que reprochar en el apólogo; pero sería error grave y contrario á la historia del derecho suponer indispensable para la vida social, como en las ci-

vilizaciones avanzadas, el carácter sagrado de los contratos y de las promesas. De hecho, aun en ese mismo apólogo, los trogloditas fundaron Estados prósperos y poderosos, sin cuidarse de los vínculos contractuales.

Hay que notar ante todo que, en las sociedades primitivas, el hombre apenas crea para sí derechos ni obligaciones: las reglas á que obedece nacen, primero de la condición en que ha nacido, y después de las órdenes dictadas por el jefe de la casa. En este régimen hay poco lugar para los contratos. Interpretando bien los testimonios históricos, los miembros de una familia no pueden contratar entre sí, ni la familia está obligada nunca por los vínculos que forme cualquiera de sus miembros inferiores. Una familia puede contratar con otra, un jefe con otro; pero este asunto tiene iguales naturaleza y requisitos que la venta de un inmueble, y el descuido de una fórmula anula la obligación. El deber positivo que resulta de que un hombre cuente con la palabra de otro, es una de las conquistas más lentas de una civilización en marcha. Ni el derecho ni los demás documentos históricos muestran sociedad alguna en que falte el contrato por completo; pero la idea de él, en un principio, es evidentemente rudimentaria. En cualquier texto antiguo fidedigno, el hábito intelectual de obligarse á las promesas es todavía imperfecto; y se mencionan sin censura y á veces con aprobación actos de evidente perfidia. Así, en la *Iliada*, la hipocresía de Ulises aparece como una virtud, igual que la prudencia de Nestor y la bravura de Aquiles.

En el derecho antiguo es aún más clara la diferencia entre la forma primitiva y la adelantada del contrato. Nada hay, al principio, semejante á la intervención de la ley para obligar á cumplir una promesa: lo que sanciona la ley no es la promesa, sino las solemnidades. Estas tienen tanta y más importancia que la promesa misma; el delicado análisis que el derecho perfeccionado aplica á las condiciones individuales en que se acuerda un contrato, lo aplican los antiguos á las palabras y signos que entran en la ceremonia. Ninguna obligación es eficaz si se omiten ó disponen mal las fórmulas; pero si éstas se cumplen, nadie puede litigar sino por violencia ó fraude en la promesa.

Claramente se ve en la historia del derecho la transfor-

mación sufrida por aquellas ideas hasta llegar al contrato moderno. Primero se dispensaron partes del ceremonial; después se simplificaron las otras y pudieron ser omitidas; luego empezaron á hacerse sin ceremonias ciertos contratos; y de éstos dependen la actividad y la energía de las relaciones sociales. Separado poco á poco de las formalidades, el vínculo mental vino á ser elemento único de interés para el jurisconsulto. Los romanos llamaron pactos ó convenciones á estos vínculos mentales manifestados por actos; y desde que se vió en ellos el nudo del contrato, la jurisprudencia tendió á suprimir formas y ceremonias. Sólo se conservaron las necesarias para garantizar la autenticidad y probar que se obra seriamente y con deliberación. Así se desarrolló plenamente la idea del contrato, ó, como dicen los romanos, fué éste absorbido por el pacto.

Es muy instructiva la historia de estos cambios en Roma. Conocida es de todos los versados en latinidad histórica la palabra con que se designaba primeramente el contrato, *nexum*, como los contratantes *nexi*; expresiones dignas de anotarse por la singular dureza de la metáfora que expresan. La idea de quedar atados los contratantes por un fuerte lazo ó cadena, influyó hasta el fin del derecho romano sobre los contratos, y desde allí se ha mezclado con las ideas modernas.

¿Qué significa este *nexum* ó lazo? La definición de los anticuarios latinos: «*omne quod geritur per aes et libram*», ha dado lugar á muchas perplejidades, y requiere explicación. Se sabe que el cobre y la balanza son los instrumentos de la emancipación antigua, solemnidad con que se transmitía la propiedad de los bienes de primera clase en Roma; y así ocurre la dificultad de que la definición citada confunde los contratos y las transmisiones; dos cosas, no sólo distintas, sino opuestas en la filosofía del derecho. El derecho perfeccionado distingue claramente ambas cosas en el *jus in re* y el *jus ad rem*: las transmisiones crean el *jus in re*, ó derecho de propiedad, y los contratos el *ad rem* ú obligación; ¿cómo, pues, pueden ser ambas cosas comprendidas en la misma expresión general? Esta dificultad y otras análogas dependen de suponer erróneamente en una sociedad aún no formada una facultad perteneciente á un estado intelectual avanzado:

la de distinguir en el pensamiento ideas confundidas en la realidad. Se sabe que hubo un estado social en que las transferencias y los contratos se confundían de hecho; y no se separaron estas concepciones hasta que se adoptaron formas distintas de transferir la propiedad y de obligarse.

Conocemos bastante el antiguo derecho romano para imaginar el modo de transformarse las ideas y el lenguaje en la infancia del derecho. El cambio se efectuó por el paso de lo general á lo especial; las antiguas ideas y especulaciones se fueron especializando poco á poco. Una idea jurídica antigua respondía, no á una sola, sino á muchas ideas modernas: una expresión jurídica designaba igualmente varias cosas que en el derecho moderno tienen nombres especiales. Examinando la historia del derecho en su último grado, se ve que las ideas subordinadas se han ido separando poco á poco, y que los nombres generales se han sustituido por otros especiales. La antigua idea no se ha borrado, pero comprende sólo algunas de las ideas que antes comprendía, como permanece el antiguo nombre, pero respondiendo sólo á una de las funciones que designaba en otro tiempo.

Muchos ejemplos hay de este fenómeno. Así, el poder patriarcal parece imaginado con el mismo carácter para todo, y designado con solo un nombre. El mismo poder ejercía el ascendiente sobre la familia que sobre los bienes, los ganados, los esclavos, la mujer ó los hijos. Sin asegurar su primitivo nombre en Roma, parece que fué el de *manus*, á juzgar por las frases relativas á aquel poder en que entra dicha palabra. Pero á medida que aquel derecho progresó, se especializaron el nombre y la idea, distinguiéndose poco á poco la diferencia del poder según su distinto objeto. El poder sobre los bienes materiales y los esclavos se llamó *dominio*; sobre los hijos, *potestad*; sobre las personas cuyos servicios ha transmitido su ascendiente, *mancipium*; sobre la esposa, *manus* todavía. No acabó completamente la antigua palabra, pero sólo designaba ya una especialidad del poder que antes designaba por entero.

Por este ejemplo se comprende la naturaleza del lazo histórico que unía los contratos y las transmisiones. Sin duda, primeramente, una sola ceremonia, *nexum*, se empleaba en

todos los asuntos solemnes, y las mismas formas servían para transferir los bienes que para el contrato. Separadas después ambas ideas, llega una época en que ocurre un doble cambio. El asunto realizado con el cobre y la balanza para la transmisión de bienes, empieza á llamarse *mancipatio*. El que tiene por objeto el contrato, empieza á llamarse *nexum*.

Hablar de varias ideas jurídicas confundidas en otro tiempo en una sola, no es decir que una sea más antigua que las otras, ni negar que predomine sobre ellas después de formadas. Al continuar una idea jurídica largo tiempo abarcando distintas concepciones, para las que sólo se emplea una expresión, consiste en que los cambios prácticos del derecho primitivo se realizaron siempre mucho antes de que se les notara y diera nombre. Aunque el poder patriarcal no distinguiera al principio los distintos objetos que comprendía, es indudable que el ejercido por los padres sobre los hijos fué el origen de la antigua concepción de este poder, y que, igualmente, el primer uso del *nexum*, sobre todo para los que se servían de él, fué el dar solemnidad á la enagenación de bienes. Una desviación de sus funciones primitivas hizo quizá al *nexum* aplicable en los contratos; pero tan pequeña fué la innovación, que no debió ni de notarse. Así quedaron el antiguo nombre por no sentirse necesidad de otro nuevo, y la antigua idea, por falta de motivo para entrar á examinarla.

Un ejemplo claro de esto lo ofrece la historia del testamento. Sólo á fuerza de ser distinta de las otras transmisiones de propiedad llegó á diferenciársela; y aun así, pasaron siglos hasta que se descartó del testamento la mancipación solemne, para mirar en él solo la voluntad del testador. La historia del contrato no es tan clara como la del testamento, pero hay datos para creer que fué al principio un nuevo empleo del *nexum*, y que sólo se separaron cuando se vió la gran importancia práctica de la separación. Esto es sólo una conjetura sobre el desarrollo del contrato, pero no produce violencia.

Tómese la venta al contado como tipo normal del *nexum*: un esclavo, por ejemplo. El vendedor lleva el esclavo; el comprador las barras que hacen de moneda, y un tercero,

el *libripens*, la balanza. Se entrega al comprador el esclavo, con ciertas formalidades; y el cobre, pesado por el *libripens*, al vendedor. Durante la ceremonia ha habido *nexum* y las partes eran *nexi*; una vez terminada, termina el *nexum* y pierden las partes su nombre. Demos un paso en la historia del comercio; supongamos que el esclavo ha sido entregado, pero no pagado el precio. En este caso, el *nexum* ha acabado para el vendedor con la entrega de la cosa, pero sigue para el comprador hasta que acaba el asunto. Luego el *nexum* significaba ya la transmisión del derecho de propiedad y á la vez la obligación personal del deudor por el precio. Adelantemos más: representémonos una ceremonia puramente formal en que nada se entrega ni se paga, y habremos llegado al punto de más alta actividad comercial: la compra venta con plazo.

Es muy importante el hecho de que el vulgo y los juriconsultos hayan mirado tanto tiempo el contrato como una venta incompleta. Los trabajos del siglo XVIII sobre el estado natural pueden resumirse en la proposición de que «en la sociedad primitiva la propiedad no era nada y la obligación lo era todo», y se ve que la realidad de los hechos más bien prueba lo contrario. Por otra parte, la misión histórica de la transferencia y del contrato envuelve un hecho que sorprende á veces como un enigma al erudito y al jurista: la uniforme y extraordinaria severidad del derecho antiguo con los deudores y las extrañas facultades conferidas al acreedor. La prolongación artificial del *nexum* para dar plazo al deudor, demuestra su posición ante la opinión y el derecho. El estado del deudor era una anomalía, y la suspensión del pago un artificio y una violación de las reglas. Por el contrario, se miraba favorablemente al que cumplía toda su parte de contrato; y nada más natural que dar facilidades para cumplir una formalidad que, en derecho estricto, no debía diferirse nunca.

Así la palabra *nexum*, que significaba al principio transmisión de propiedad, vino á significar contrato; de tal modo que se inventó un término especial, *mancipium*, para la transmisión efectiva de la propiedad. Entonces, separados de las transmisiones los contratos, acabó el primer período de la historia de éstos; pero aún faltaba mucho para llegar

al tiempo en que la promesa de las partes fuese más sagrada que las formalidades para hacerla. Para conocer los cambios ocurridos en este intervalo, conviene detenerse en un punto realmente extraño á nuestro objeto: el análisis del contrato, según los jurisconsultos romanos.

Este análisis, la más hermosa prueba de su sagacidad, baste decir que lo fundaban en la diferencia de la obligación y el pacto. Bentham y Austin suponen condiciones esenciales de un contrato: 1.º la manifestación del que se obliga, sobre la *intención* que tiene de hacer ó consentir lo contratado; 2.º la manifestación del otro contrayente, sobre su *creencia* de que el contrato será cumplido. Estos principios son virtualmente los mismos de los juristas romanos; pero, á los ojos de éstos, el producto de esas manifestaciones era solamente un pacto. El pacto era el resultado del acuerdo de dos personas sobre un punto; para ser además contrato, se necesitaba que el derecho añadiese una obligación. Un contrato era un pacto, más una obligación. Mientras faltaba ésta, el pacto se llamaba *nudo*. ¿Qué era la obligación? Los juristas romanos la definían: *juris vinculum quo necessitate adstringimur, alienius rei solvende*. Así se unen la obligación y el *nexum* en la metáfora común que expresan, y se ve claramente la historia de una idea particular. Obligación es el lazo ó *cadena* con que el derecho une á las personas á consecuencia de actos voluntarios. Entre los actos que producen la obligación, están principalmente el contrato y el delito, el pacto y la falta; aunque hay otros varios que producen la misma consecuencia, sin caber en esa clasificación exactamente. Conviene añadir que el pacto no creaba la obligación por necesidad moral: era la ley, en la plenitud de su poder, quien la añadía al pacto; lo que importa anotar especialmente porque algunos intérpretes modernos del derecho civil, con ideas particulares de moral ó metafísica, han sostenido doctrinas diferentes.

La imagen del *vinculum juris* se halla en todo el derecho romano de contratos y delitos. Unidas las partes por la ley, la cadena sólo se rompe por una *solutio*, expresión también figurada, equivalente, en parte nada más, á pago. La permanencia del lenguaje figurado explica una particularidad de aquella fraseología: que la palabra obligación significaba

derecho y deber al par; como derecho de recibir una suma y deber de pagarla. Conservada enteramente la metáfora de la cadena legal, no se dió preferencia á un fin sobre otro.

En el derecho romano perfeccionado, casi siempre acompañaba la obligación al pacto, produciéndose el contrato, que era el fin apetecido. Pero llama la atención la época intermedia, en que se necesitaba aún más que el consentimiento para nacer la obligación, época de la famosa clasificación de los contratos en verbales, escriturarios, reales y consensuales, careciendo de eficacia todos los demás. El sentido de esta clasificación se comprende con sólo distinguir la obligación del pacto.

Cada clase de contratos se designaba por las formalidades necesarias á más del consentimiento. En el verbal se necesitaban ciertas fórmulas verbales después de acordado el pacto; en el escriturario la inscripción en un libro de cuentas; en el real la entrega de la cosa sobre que versaba. En suma: dos contratantes habían de estar de acuerdo en todo caso; pero si no hacían más, ni se obligaban uno á otro, ni podían exigirse el cumplimiento del pacto, ni la reparación por incumplimiento. Sólo cuando se cumplían las formalidades determinadas se completaba el contrato, cuyo nombre dependía de la forma más agradable á las partes. Vamos á examinar las excepciones de este procedimiento.

He enumerado los contratos por su orden histórico, no por todos seguido igualmente. El contrato verbal fué, sin duda, el más antiguo; primogénito del primitivo *nexum*. Hubo muchas clases de contratos verbales, pero el más importante, único de que se ocupan los autores, es la *estipulación*, formada por la pregunta de quien recibía la promesa y la respuesta del promitente. La pregunta y la respuesta constituían el elemento exigido por las ideas primitivas, á más del consentimiento, para añadir la obligación al pacto. El antiguo *nexum*, pues, transmitió al derecho posterior: primeramente la noción de una cadena que ata á las partes y que constituye la obligación: después, la de una ceremonia que acompaña y consagra el convenio, y que se convirtió en estipulación. La transformación de la transferencia solemne, signo característico del *nexum* primitivo,

en una pregunta y una respuesta, sería difícil de entender si nos faltara la historia del testamento: donde vemos cómo se separó la transferencia de la parte de ceremonia relacionada inmediatamente con el asunto hasta llegar ésta á abandonarse.

Como la pregunta y la respuesta de la estipulación eran, sin duda, forma simplificada del *nexum*, podemos considerarlas como una formalidad jurídica. Sería un error creer que los antiguos jurisconsultos buscaban solamente en ellas medio de dar á las partes la utilidad de la reflexión. Útiles eran por esto, según fué reconocido; pero el testimonio de los autores demuestra que en el origen hicieron función de ceremonias; que una pregunta y una respuesta no eran bastantes para constituir la estipulación, pero que convenia hacerla en términos de derecho apropiados al caso del contrato.

Si bien es esencial para la historia del contrato comprender que la estipulación fué una forma solemne antes de reconocerla como garantía útil, no debemos negar su utilidad verdadera. El contrato verbal, aunque disminuyendo su importancia, duró hasta el fin del derecho romano: y es seguro que ninguna institución de éste se conservó mucho tiempo sin presentar ventajas prácticas. Sorprende á cierto autor inglés que los romanos, aun en los primeros tiempos, se contentasen con impedir tan débilmente la precipitación y la irreflexión. Pero considerando que en aquel estado social era difícil la prueba escrita, la pregunta y la respuesta, aun imaginadas sólo por su utilidad en este punto, deben parecer un procedimiento muy ingenioso.

El que recibía la promesa, *stipulator*, era quien presentaba los términos del contrato en la pregunta, y el que prometía contestaba. «¿Prometes entregarme tal esclavo, en tal lugar y en tal día?»—«Lo prometo». Ahora bien, esta necesidad de forma interrogativa cambiaba la posición natural de las partes y, cortando la conversación, impedía distraerse sobre una promesa peligrosa. Actualmente la promesa verbal resulta, por lo común, de la forma que emplea el promitente. En el antiguo derecho romano se procedía de otro modo; hecho el pacto, se necesitaba que el receptor de la promesa la redujese toda á una pregunta solemne; y de

la pregunta y la respuesta conformes se hacía prueba en justicia, no de la promesa en si misma, que carecía de fuerza obligatoria.

Los estudiantes del derecho romano, que tropiezan casi todos en la estipulación, comprenderán fácilmente la importancia que tiene en los contratos esta particularidad sencilla de la distinta redacción. Cuando nosotros queremos, hablando de un contrato, referirle á una de las partes para facilidad de la expresión, para hablar, por ejemplo, del contratante en general, siempre nos referimos al que promete. Pero las expresiones del derecho romano son distintas; miran el contrato desde el punto de vista del receptor de la promesa; y, hablando de un contratante, designan siempre al *stipulator*, al que propone la cuestión. La utilidad de la estipulación aparece aún más clara en los ejemplos de los autores dramáticos. Leídas por entero las escenas en que existen esos fragmentos (como en Plauto: *Pseudolus*, acto 1.º; escena 1.ª, y acto 4.º, escena 6.ª; *Trinummus*, acto 4.º, escena 2.ª), se ve bien que la persona que iba á hacer una promesa había de fijarse mucho en la pregunta, so pena de caer fácilmente en una mala empresa.

La formalidad del contrato por escrito, para completar el pacto, era anotar la suma debida en un libro de cuentas, cuando podía ser determinada. Se explica este contrato en las costumbres domésticas romanas por la regularidad grande y sistemática con que llevaban antiguamente las cuentas. Algunas dificultades de aquel antiguo derecho, por ejemplo, la naturaleza del peculio del esclavo, sólo se comprende recordando que una casa consistía en un número de personas que rendían al jefe cuentas, y que todo artículo de ingreso y gasto se anotaba en un borrador y se pasaba después al gran libro general de la casa.

Sin embargo, hay ciertas obscuridades en las descripciones del contrato por escrito, dependientes de que disminuyó con el tiempo la costumbre de las cuentas; por lo que la expresión «contrato por escrituras» vino á designar una misión distinta que en su origen. Por eso no podemos decir, hablando del contrato primitivo por escrito, si bastaba una inscripción en el libro del acreedor, ó era necesario que el deudor consintiese ó hiciese otra inscripción en los suyos.



Sin embargo, el punto esencial está demostrado; el de que en este contrato bastaba cumplir una condición para quedar libre de toda formalidad. Esto es un paso nuevo hacia adelante en la historia de los contratos.

El contrato real, que sigue en orden histórico, fué un gran progreso en las ideas morales. Cuando el objeto del contrato, como ocurre en casi todos los simples, era la entrega de una cosa determinada, bastaba efectuar la entrega para originar la obligación. Esto supone una gran innovación en las antiguas ideas contractuales, porque es indudable que primeramente el derecho no reconocía un pacto al que faltase la forma de la estipulación. El que prestaba dinero sin esta formalidad, no podía reclamarlo en justicia. Pero en el contrato real, indudablemente por motivos de moralidad, la ejecución por una de las partes ataba legalmente á la otra. Por vez primera las consideraciones morales entraron de este modo en los contratos; diferenciándose el real de los dos anteriores en fundarse en esas consideraciones y no en respeto á formas jurídicas ni deferencia á las costumbres domésticas romanas.

Llegamos á la cuarta clase, de contratos consensuales, los de más interés é importancia de todos. Cuatro contratos nominados entraban en esta clase: el mandato, la sociedad, la compra-venta y el arrendamiento. Al afirmar anteriormente que el contrato era un pacto á que se unía una obligación, he hablado de los actos ó formalidades con que esta unión era permitida por la ley. Decía esto por la utilidad de las expresiones generales; pero para ser correcto este lenguaje, ha de entenderse á la vez en sentido positivo y negativo. Porque, en realidad, lo que distingue estos contratos es que no requieren formalidad alguna, fuera del mismo pacto.

Se han dicho muchas cosas insostenibles y otras muchas obscuras sobre estos contratos, hasta afirmar que en ellos el consentimiento mutuo era más solemne que en los otros. Pero la palabra «consensual» sólo significa que la obligación va unida inmediatamente al consentimiento. El *consensus*, consentimiento mutuo de los partes, es aquí el elemento definitivo del pacto: el carácter especial de dichos cuatro pactos es que el contrato existe por el solo consen-

timiento de las partes. El *consensus* lleva en si la obligación, y llena en todos esos contratos las funciones que en los otros llenan la estipulación, el libro ó la cosa entregada. La palabra «consensual» no ofrece la menor anomalía: es exactamente análoga á real, verbal y escriturario.

Los cuatro contratos consensuales son, sin duda, los de más uso é importancia. La mayor parte de la actividad social está en comprar y vender, arrendar, asociarse para negocios y dar y recibir poderes; y esta consideración, sin duda, guió en Roma, como en la mayoría de las sociedades, á librar esos contratos de formalidades jurídicas, para poner las menos trabas al movimiento social. Como estos motivos no eran sólo de Roma, el comercio con los pueblos vecinos debió de dar frecuentes ocasiones de observar que esos contratos se hacían en todas partes consensuales, obligatorios por sólo el consentimiento: y por eso, como de costumbre, los creyeron de *jus gentium*. Esta designación, sin embargo, no era muy antigua. Las primeras nociones de *jus gentium* nacieron quizá mucho antes del *pretor peregrinus*, pero para serles familiar el régimen contractual de las demás comunidades italianas, se necesitó un comercio extenso, que no hubo hasta que Italia se pacificó del todo, y se aseguró por completo la supremacía de Roma. No obstante, aun siendo quizá los contratos consensuales los últimos de aquel régimen, y reciente la calificación de *juris gentium*, esta calificación ha hecho creer modernamente que eran muy antiguos. Realmente, al convertirse el *juris gentium* en derecho natural, se creyó que los contratos consensuales eran los más propios del estado de naturaleza, y esto produjo la singular creencia de que cuanto más joven es la civilización, es más simple la forma del contrato.

Los contratos consensuales eran pocos, pero originaron en la historia del derecho un período de que derivan todas las modernas nociones del contrato. El acto volitivo que forma el pacto se aisló y se hizo objeto de estudio particular; la forma se separó de la noción del contrato; y los actos externos quedaron como sola manifestación del ánimo interior. Además, los contratos consensuales entraron en el *jus gentium*, y de esto se dedujo á poco que representaban las obligaciones admitidas é incluidas en el código de la natu-

raleza. Así se puede ya comprender algunas distinciones célebres de los juristas romanos, como la de la obligación natural y la civil. La persona aún no llegada á la madurez intelectual, que hacía conscientemente un contrato, contraía obligación natural, á pesar de su incapacidad para obligarse. Esa obligación no tenía fuerza ejecutiva, pero era reconocida por el derecho. Se diferenciaba principalmente de la nula en que podía ser confirmada civilmente, en cuanto el contratante adquiría la capacidad que le faltaba.

También en aquel período de separación del pacto y el contrato debió de nacer otra doctrina singular de los jurisconsultos: que, aunque sólo el contrato servía como base de una acción, el pacto podía ser invocado como medio de defensa. No cabía intentar acción sobre un pacto no completado con las formas para el contrato requeridas; pero se podía combatir la acción nacida de un contrato, alegando y probando un pacto de esa clase. Así, contra la acción para el pago de una suma podía excepcionarse que, por simple pacto, el acreedor había perdonado ó aplazado la deuda.

Esto demuestra la vacilación de los pretores en la mayor de sus reformas. Miraron con predilección, por la teoría del derecho natural, los contratos consensuales y los pactos respectivos, pero no se atrevieron á dar á los otros la misma libertad. Por eso, confiada á ellos la dirección del procedimiento, y no queriendo destruir la regla de que el litigio se basara en un contrato, admitieron el pacto en lo restante del procedimiento. Sólo que llegados aquí, tenían que adelantar aún más; y el día que anunció el edicto del pretor que admitiría las acciones de equidad, fundadas en pactos no contractuales, solamente con tener causa, la revolución del derecho antiguo de contratos se consumó definitivamente. El derecho romano perfeccionado admitió ya todos los pactos de esa clase, llevando el contrato consensual á sus últimas consecuencias. Realmente, si hubiera sido tan fácil á los romanos alterar el lenguaje como las teorías legales, los pactos admitidos por el pretor se hubieran también llamado contratos consensuales. Pero el lenguaje es lo último que se modifica en derecho; y siguieron llamándose pactos pretorios. Repitamos que el pacto sin causa continuó sin ampa-

ro de la ley, y que no era eficaz sino convirtiéndole en contrato por la estipulación.

Me he extendido tanto en la historia del derecho de contratos para evitar innumerables errores. Se ha visto la marcha de las ideas desde una época muy remota hasta nuestros días. Primero el *nexum*, mezcla de contrato y transferencia, en que las formalidades que acompañan al primero son más importantes que él mismo. Después la estipulación, forma simplificada de una ceremonia antigua. Luego el contrato por escrito, con abandono de formalidades, bastando para su prueba la rígida observación de las costumbres domésticas. Más tarde el contrato real, en que se reconoce por vez primera los deberes morales, y en que las personas ligadas por la ejecución parcial del contrato no pueden alegar contra él la falta de formalidades. Por último, los contratos consensuales, en que se mira solo la disposición moral de los contratantes, sin otras circunstancias externas que las necesarias para probar la intención.

No se sabe hasta dónde la marcha de las ideas romanas, de una concepción grosera á otra refinada, equivale á la marcha universal del pensamiento en materia de contratos. El derecho de contratos de las demás sociedades antiguas se conoce poco ó nada; y el moderno está demasiado penetrado del romano para ofrecer contrastes ni paralelos propios de ninguna deducción. Sin embargo, como no hay nada violento, ni maravilloso, ni obscuro en los cambios relatados, es racional creer que la historia del contrato en Roma sirve de tipo á la concepción jurídica de las demás antiguas sociedades.

Hay puntos, no obstante, en que el derecho romano no representa la marcha de los otros sistemas. La teoría del derecho natural es romana exclusivamente, como también, á mi juicio, la idea del vínculo de derecho. Así, todos los extremos del derecho romano perfeccionado de contratos y delitos en que entran esas ideas, combinadas ó separadas, son producto exclusivo de una sociedad sola. En estos puntos, por consecuencia, no está la importancia en ser tipo del progreso universal de las ideas, sino en haber influido poderosamente sobre el desarrollo intelectual moderno.

Nada más admirable que el gran número de ciencias á

que el derecho romano, el de contratos sobre todo, ha dado formas de pensamiento, modos de razonar y tecnicismo. Fuera de la física, en casi todas las materias que han excitado la curiosidad intelectual moderna, se han infiltrado las ideas romanas. La metafísica pura es más bien de origen griego; pero la política, la filosofía moral y la teología inclusive han hallado en el derecho romano, no sólo frases, sino un nido en que sus más profundas investigaciones fomentaron y crecieron.

Para explicarse este fenómeno, ni es imprescindible observar la relación misteriosa de las ideas y las palabras, ni averiguar si el espíritu humano ha podido apropiarse materiales de estudio sin tener previamente palabras y métodos para ello. Basta notar que, al separarse los intereses filosóficos del mundo oriental y del occidental, los pensadores de éste pertenecían a una sociedad que hablaba y pensaba en latín, y que la única lengua bastante precisa para tratar materias filosóficas era la del derecho romano, en que, por singular fortuna, se conservaba entera la pureza del siglo de Augusto, mientras el latín vulgar era ya enteramente bárbaro.

Al mismo tiempo que para dar exactitud a la expresión, servía el derecho romano para dar al pensamiento precisión, delicadeza y profundidad. Lo menos tres siglos fueron extranjeras en Occidente la filosofía y la ciencia; aunque la metafísica y la teología metafísica ocupasen la atención de muchos romanos, el idioma de aquellos ardientes trabajos era el griego, y su teatro la parte oriental del imperio. Cuando alguna vez las conclusiones de aquellas controversias eran tan importantes que necesitaban la aprobación ó desaprobación de todos, el Occidente se ocupaba en ellos, pero generalmente para aceptarlas sin resistencia ni interés. Sólo una rama de estudios, difícil para los más laboriosos, profunda para los más sutiles, delicada para los más refinados, siguió con atracción para las clases más cultas de Occidente: el derecho; sólo el derecho sustituía para el hombre culto, en Africa, España, las Galias é Italia del N., á la poesía, la historia, la filosofía y la ciencia.

Lejos de ser misterioso este marcado carácter jurídico del pensamiento occidental, es realmente el único posible.

Lo que sorprende es la poca atención que se ha prestado á la diferencia que un elemento nuevo introdujo entre las ideas teológicas de Oriente y Occidente. La separación de estos imperios con la fundación de Constantinopla, hace época en la historia de la filosofía sólo por la poderosa influencia que el derecho empezó á adquirir. Los pensadores del Continente no aprecian bien la importancia de esta crisis, porque las ideas que toman del derecho romano están mezcladas con las mismas suyas. Los ingleses, por su parte, no la aprecian por efecto de la monstruosa ignorancia á que se condenan, de la fuente más notable de la ciencia moderna y de la civilización total romana. Pero un inglés puede, mejor que un francés ó un alemán, comprender las afirmaciones antes hechas, si estudia el derecho romano clásico; precisamente por el poco interés con que lo estudian sus compatriotas. Conociendo el derecho romano, tal como allí se practicaba, y observando la diferencia de la teología y filosofía de Occidente con los trabajos intelectuales anteriores, se puede apreciar sanamente cuál era el nuevo elemento que había entrado á dirigir los estudios científicos.

La parte de derecho romano que más ha influido sobre las otras ciencias, es la relativa á las obligaciones, contratos y delitos. Los mismos romanos comprendían bien las ventajas de la terminología abundante y maleable de aquella parte del derecho, á juzgar por el empleo de la palabra *quasi*, añadida á contrato y á delito. La palabra así empleada, es sólo un término de clasificación. Es un error el de los críticos ingleses que confunden los cuasi-contratos con los contratos tácitos; estos son contratos verdaderos y aquéllos no. En los contratos tácitos, los actos y las circunstancias significan lo que las palabras en los propiamente dichos; y para la teoría de la convención, igual es una cosa que otra. Pero el cuasi-contrato no es contrato del todo. El ejemplo más común del cuasi-contrato es la relación establecida entre dos personas, pagando una á otra dinero por error. El derecho, por consideración á la moral, obliga al que lo ha recibido á su reembolso; pero falta la convención, que es el elemento más esencial del contrato.

La palabra *quasi*, antepuesta á otra de derecho romano, significa una idea ligada á ésta por gran analogía ó seme-

janza superficial. No es que ambas ideas formen una, ni que sean de igual género; antes bien se excluye la identidad, sino que se parecen lo bastante para ser clasificadas juntas, y que se emplea en una rama del derecho el lenguaje de otra sin destruir ni violentar las reglas que, en otro caso, se expresarían mal.

La confusión de los contratos tácitos, contratos verdaderos, con los cuasi contratos, es análoga, según sutil observación, al error famoso de atribuir á un pacto de origen los derechos y deberes políticos de gobernantes y gobernados. Mucho antes de darse precisión á esta teoría, se usaba ya el lenguaje del derecho romano de contratos para describir la reciprocidad de deberes reconocida siempre entre el soberano y los súbditos. Cuando llenaban el mundo aquellas máximas en que se afirmaba la necesidad de la obediencia absoluta al rey, máximas deducidas del Nuevo Testamento, pero cuyo verdadero origen era el recuerdo del despotismo de los Césares, no se hubieran podido expresar los derechos correlativos de los súbditos, á no haber dado el derecho romano de contratos un lenguaje suficiente para expresar la idea, incompletamente desarrollada todavía.

No se debió de perder de vista, desde el comienzo de la historia occidental, el antagonismo entre los privilegios del rey y sus deberes con los súbditos; pero, durante el feudalismo, que limitaba de hecho las pretensiones teóricas enormes de casi todos los soberanos europeos, la cuestión sólo pudo interesar á pocas personas y á algunos escritores teóricos. Pero en cuanto el feudalismo decayó y se inutilizaron las constituciones de la edad media, y la reforma desacreditó la autoridad del Papa, la doctrina del derecho divino de los reyes adquirió más importancia que nunca. El vuelo que tomó la doctrina exigió más aún el empleo constante del lenguaje del derecho romano, y una controversia empezada en forma teológica vino á ser, más cada día, una disputa jurídica.

Ocurrió entonces un fenómeno repetido muchas veces en la historia de la opinión. Mientras las razones en favor de la autoridad real tomaban cuerpo en la doctrina de Filmer, del lenguaje del derecho de contratos en favor de los súbditos nació la teoría de un contrato positivo entre el rey y el

pueblo; teoría que en manos de los ingleses y después, y sobre todo, de los franceses, llegó á servir de explicación á todos los fenómenos sociales y jurídicos. Pero la única relación real del derecho y la política está en que aquél dió á ésta las ventajas de una terminología plástica. El servicio del derecho romano de contratos, para explicar la relación de soberano y súbdito, es el mismo que en esfera más humilde prestó para definir la relación nacida del cuasi contrato: de él se tomaron frases y palabras suficientes para expresar exactamente las ideas que nacían respecto á obligaciones políticas. La doctrina del contrato primitivo no puede elogiarse más que lo ha hecho el doctor Whewell, al afirmar que, aunque errónea, «puede ser una forma útil para expresar verdades morales».

El gran empleo del lenguaje jurídico en política antes de la invención del contrato primitivo, y la gran influencia posterior de esta hipótesis, explican la abundancia de palabras é ideas de los jurisconsultos romanos en la ciencia política. Pero en la filosofía moral esa abundancia nace de otra cosa: de que los moralistas han acudido más directamente al derecho romano, y con más conciencia de lo que le deben. Al hablar de filosofía moral en este sentido, me refiero á cómo se comprendía antes de Kant, como ciencia de las reglas que dirigen la conducta de los hombres, y de su interpretación y limitaciones.

Desde que nació la filosofía crítica, la frase ciencia moral ha perdido casi todo su antiguo sentido; salvo en países donde aún se conserva bajo la forma corrompida de la casuística, aún cultivada por los teólogos católicos, en los demás es sólo una rama de la ontología. No hay escritor inglés moderno, salvo el doctor Whewell, que comprenda la filosofía moral como era antes de absorberla la metafísica y de hacerse la discusión de las bases de la moral más importante que la de sus reglas.

Pero mientras la ciencia moral ha estudiado las reglas de conducta prácticas, el derecho romano la ha influido, poco ó mucho. Primeramente era una rama de la teología, como todos los grandes objetos del pensamiento moderno. La teología moral, como se llamó al principio y aún la llaman los teólogos católicos, se componía de principios tomados al

sistema de la Iglesia, expresados y difundidos con los métodos y lenguaje del derecho. De este modo el derecho, aunque dedicado á expresar los pensamientos, tuvo necesariamente que dar á éstos su carácter. Por eso se distingue tanto en los primeros escritos de moral del mundo moderno, el sello de los conceptos jurídicos: y, á mi juicio, es evidente que el derecho de contratos, fundado en la reciprocidad y en la correspondencia indestructible de deberes y derechos, ha servido saludablemente á algunos escritores que, á falta de esa guía, hubiesen visto la obligación moral como el deber público del ciudadano en la ciudad de Dios.

El uso del derecho romano en la teología moral disminuyó al pasar ésta por los grandes moralistas españoles. Explicada por el método jurídico de los comentarios, adquirió lenguaje propio; y las razones y palabras de Aristóteles, originadas en gran parte por las discusiones de moral de las academias, reemplazaron al modo de pensar y hablar común á todos los familiarizados con el derecho. A haber subsistido el crédito de la escuela de moral de los españoles, la influencia del derecho hubiera sido escasa; pero aquel crédito se destruyó casi del todo con las conclusiones obtenidas por la generación siguiente de escritores católicos. Degenerada en casuística, la teología moral perdió interés para los grandes pensadores europeos; la nueva filosofía moral, en manos de los protestantes totalmente, se separó del camino de los teólogos morales, y la influencia del derecho romano sobre esos estudios aumentó.

«Poco después de la Reforma (1) se hallan dos grandes escuelas, dividiéndose estos estudios. La más influyente fué primero la de los casuistas, católicos todos y monjes casi todos. Al otro lado estaban los escritores unidos por descender intelectualmente todos del gran autor de *De jure belli et pacis*, Hugo Grocio. Casi todos eran protestantes, y aunque no en abierta y formal contradicción con los casuistas, el origen y fin de sus sistemas diferían esencialmente. Esta diferencia es atendible, porque de ella depende la influencia del derecho romano sobre la ciencia de las dos escuelas.»

(1) Fragmento de un artículo de S. Maine, publicado en 1856.

«El libro de Grocio, relativo todo él á moral pura, y origen directo é indirecto de muchas obras de moral, no es, sin embargo, un tratado en forma de este asunto, sino sólo un intento de definición del derecho natural. Ahora bien: sea ó no este derecho creación exclusiva de los romanos, puede afirmarse, de acuerdo con Grocio mismo, que los principios romanos, en la parte de derecho positivo considerada de naturaleza, si no son infalibles, merecen profundo respeto, al menos. Así, el sistema de Grocio está lleno de derecho romano hasta en su base, y de esto, y quizá también de la educación jurídica del autor, deriva el continuo empleo de un lenguaje y unos modos de razonar, definir y explicar que confunden el sentido de la argumentación y la debilitan para los que desconocen su origen.»

«Por su parte, los casuistas tomaron poco del derecho romano, y miraron la moral distintamente que Grocio. Toda la filosofía, bien ó mal afamada, que se llamó casuística, está en la diferencia del pecado mortal y del venial. El natural deseo de huir de las terribles consecuencias de declarar pecado mortal un acto, y el también natural de ayudar á la Iglesia católica contra la protestante, fueron las causas porque inventaron los autores de la casuística un sistema artificial de reglas de conducta, para librar, en el mayor número posible de casos, á las acciones inmorales de la categoría del pecado mortal.»

«Sabido es por la historia el resultado de esto. Como las distinciones casuísticas permitían á los sacerdotes apropiarse á todos los caracteres la dirección espiritual, adquirieron sobre los reyes, los políticos y los generales una influencia no conocida en los siglos anteriores, y contribuyeron mucho á la gran reacción que tuvo los primeros éxitos del protestantismo. Pero los casuistas, que empezaron por eludir sin establecer, y por huir de un postulado sin sentar un principio, no estudiando la naturaleza del bien y del mal, sino lo que es un mal en casos particulares, refinaron su habilidad hasta debilitar la moralidad de los actos y contradecir los instintos morales, hasta que la conciencia humana se rebeló de pronto y dió en tierra con el sistema y sus doctores.»

«El golpe, mucho tiempo suspendido, lo dió por fin Pas-

cal en sus *Cartas provinciales*, después de las que ningún moralista de importancia y crédito ha seguido á los casuistas. Entonces el campo de la ciencia moral quedó por los partidarios de Grocio y aún existen en ella señales de la mezcla de moral y derecho que unos censuran como defecto y otros consideran mérito principal de la teoría de Grocio. Después de éste, muchos han modificado sus principios, y otros, con el nacimiento de la filosofía crítica, los han abandonado totalmente; pero aun los que más se separan de sus principios fundamentales, toman mucho de él en método de exposición y modo de pensar y explicar, siquiera esto signifique poco ó nada para los que ignoran el derecho romano.»

Ya he dicho que después de las ciencias físicas, la metafísica es la menos influida por el derecho romano. Consiste en que las discusiones metafísicas se han tenido siempre en griego; primero en griego puro, y después en un latín hecho para expresar ideas griegas. Las lenguas modernas, para apropiarse las investigaciones metafísicas, han tenido que adoptar ese latín ó imitar la forma con que se produjo. El lenguaje modernamente empleado para las discusiones metafísicas es el de las traducciones latinas de Aristóteles; y en éstas, directas ó sobre versión árabe, no se aplicaban las palabras del latín análogas á las de la filosofía; sino que se hacían frases nuevas, con raíz latina, para expresar las ideas filosóficas; de este modo la influencia del derecho romano tuvo que ser pequeña; sólo entraron en el lenguaje metafísico algunas voces latinas transformadas.

Conviene notar ahora que, si no el lenguaje, el pensamiento de los problemas metafísicos que más ha estudiado Europa occidental es de origen jurídico. De lo más notable en la historia de las especulaciones, es que ningún pueblo de idioma griego ha tratado seriamente la gran cuestión del libre arbitrio y de la necesidad. No pretendo explicarlo, pero es un hecho que ni los griegos ni pueblo alguno que hablara y pensara en griego ha sido capaz de producir una filosofía del derecho. La ciencia del derecho es de creación romana, y cuando la cuestión del libre arbitrio se examina metafísicamente, toma un aspecto jurídico. No sé cómo nació la cuestión de si una consecuencia invariable es igual

que una relación de necesidad; lo que sé es que la tendencia del derecho romano, más marcado cuanto más adelantado, era considerar las causas y los efectos legales como unidos por inexorable necesidad, tendencia bien demostrada en la definición de obligación: *quo neccessitate...*

Pero el problema del libre arbitrio estaba en la teología antes que en la filosofía, y de eso nace que la jurisprudencia haya influido sus términos con ideas de derecho. Interesa aclarar esta cuestión, que nunca fué bien estudiada: determinar si el derecho ha sido un intermediario de los principios teológicos, y si dando á éstos idioma, modos de razonar y soluciones especiales para muchos problemas de la vida, ha abierto un nuevo camino á la marcha del estudio teológico.

En esta cuestión hay que referirse á lo ya aceptado por los mejores escritores sobre la savia intelectual que se asimiló primero la teología. Todos convenimos en que el griego fué el primer idioma de la Iglesia cristiana, y que los problemas por ésta suscitados los preparó la filosofía griega de los últimos tiempos. Sólo la literatura metafísica griega tenía ideas y palabras acerca de las personas, la sustancia y las naturalezas divinas. El latín y la pobre filosofía latina no podían darlas, y así las provincias occidentales ó latinas del imperio aceptaron las conclusiones de Oriente sin discusión ni examen. «La cristiandad latina, dice Mr. Milman, aceptó la creencia de que su vocabulario estrecho y estéril le impedía expresarse en términos apropiados. Sin embargo, la adhesión de Roma y Occidente, más bien era aquiescencia pasiva al sistema dogmático de la más profunda teología oriental que examen riguroso y original de sus misterios. La Iglesia latina era á la vez alumno y partidario fiel de Atanasio.»

Pero cuando la separación de Oriente y Occidente se marcó más, y las provincias latinas de éste comenzaron á tener vida intelectual propia, empezó la discusión de muchas cuestiones enteramente extrañas á la especulación oriental. «Mientras la teología griega seguía definiendo sutilmente Dios y la naturaleza de Cristo; mientras la interminable controversia se prolongaba aún, echando secta tras de secta de la ortodoxia debilitada, la Iglesia de Occi-



dente se lanzaba con ardor á disputas de otra especie, que han conservado hasta nuestros días todas las familias comprendidas en la comunión latina. La naturaleza del pecado y su transmisión hereditaria, el pago por un hombre de la deuda de otro, la necesidad y suficiencia de la reparación, y, sobre todo, el aparente antagonismo entre la predestinación y el libre arbitrio, fueron los puntos por que se apasionó Occidente tanto como Oriente por sus creencias.

¿En qué consistía que á ambos lados de la línea de separación de las provincias griegas y latinas hubiera dos clases de problemas teológicos tan visiblemente distintos? Los historiadores de la Iglesia apuntan la solución al decir que los nuevos problemas eran más prácticos, menos especulativos; pero no dan la solución completa. Es indudable que la diferencia de ambos sistemas está en el hecho de que, al pasar de Oriente á Occidente la especulación teológica, iba de un clima de metafísica griega á otro de derecho romano.

En los siglos transcurridos hasta que tuvieron importancia dominante estas controversias, toda la actividad intelectual de los romanos de Occidente se aplicó al derecho. Trataban de sujetar á una serie de principios todas las combinaciones de circunstancias de la vida; y ni aficiones ni trabajos extraños les distraían de su ocupación absorbente; para la que tenían rico y preciso vocabulario, severo método de razonamiento, un conjunto de proposiciones generales, más ó menos experimentadas, sobre la conducta de la vida, y una rígida filosofía moral. Era, pues, imposible que de las cuestiones suscitadas por la historia del cristianismo no eligieran las más afines á sus estudios habituales, y no las trataran con sus costumbres forenses.

Quienes puedan apreciar el sistema penal de aquel derecho, su teoría de la obligación nacida por contrato ó delito, su idea del nacimiento, extinción y transmisión de las deudas y su noción de la continuación de la vida en la sucesión universal, no ignoran el origen de la forma de pensamiento que hizo tan atractivos los problemas de la teología occidental, ni el del lenguaje con que se presentaron y formas con que se discutieron. Bien que el derecho que penetró el pensamiento de Occidente no era el de la antigua ciudad romana, ni el estropeado de los emperadores bizantinos, y

menos aún el conjunto de reglas, casi cubierto por los estudios especulativos modernos, que se llama derecho civil ahora, sino aquella filosofía del derecho del tiempo de los Antoninos, reproducida en parte en las Pandectas, cuyo único defecto es el de haber pretendido una elegancia, una certeza y una precisión casi imposibles para leyes humanas y sobre asuntos humanos.

Varios escritores ingleses, con una ignorancia del derecho romano que aquí espontáneamente se confiesa, á veces con vanidad, han escrito las más insostenibles paradojas sobre la condición intelectual de Roma. Se ha afirmado constantemente, sin vacilación, que desde el fin del siglo de Augusto hasta que interesaron los artículos de la fe cristiana, estuvo paralizada la energía mental del mundo culto. Ahora bien: las dos ramas de estudio, fuera de las ciencias físicas, que exigen toda la capacidad mental humana son la metafísica, que no tiene más límite que el de la misma inteligencia y el derecho, que es tan extenso, como los intereses humanos. En el período indicado, precisamente, los griegos se ocupaban en una y los romanos en otra de ambas ramas, y prescindiendo de los resultados del estudio en Alejandría y Oriente, puede afirmarse que en Roma y Occidente hubo ocupación bastante para compensar la ausencia de los demás estudios, y con resultados no indignos del incesante trabajo empleado.

Quizá solo el jurisconsulto de profesión comprende la fuerza intelectual que exige el estudio del derecho; pero aun el no jurisconsulto comprenderá fácilmente por qué en Roma se prestaba al derecho tan extraordinaria atención. Los progresos de una sociedad en el derecho dependen á la larga de las mismas causas que en otros estudios, principalmente de la proporción de inteligencia nacional aplicada á ellos y de la duración de esta ocupación. En Roma todo el conjunto de causas directas é indirectas que dan avance y perfección á las ciencias, obraron sobre el derecho desde las XII Tablas hasta la separación de los imperios; y no en intervalos, sino con fuerza continua y mayor número de pensadores cada vez.

El primer trabajo intelectual de una nación joven es el estudio de sus leyes. En cuanto el entendimiento llega á

generalizar conscientemente, se procura sujetar á reglas generales y comprensivas los intereses de la vida diaria. Este estudio, que ocupa al principio, sin límites, la energía de un pueblo joven, cesa más adelante. El derecho deja de ser la ocupación intelectual exclusiva. La turba que concurría á la audiencia matinal del gran jurisconsulto romano disminuye. Los estudiantes van en centenas, no á millares, á las escuelas de derecho inglesas. Las artes, la literatura, la ciencia, la política, reclaman su porción de inteligencia nacional, y la práctica del derecho se reduce á una profesión, no limitada ni pequeña, pero en que el afán de lucro mueve tanto como el interés científico.

Estos cambios sucesivos fueron más fuertes en Roma que en Inglaterra. A fines de la República, la única actividad de una inteligencia culta era el derecho y la milicia. En el siglo de Augusto hubo un cambio en el progreso intelectual, como en Inglaterra en tiempos de Isabel. Sabemos los genios que florecieron en verso y en prosa; y no sólo la literatura prosperó, sino que empezaron á desarrollarse otras aptitudes, para las ciencias físicas. Sin embargo, en este punto la historia del entendimiento humano en Roma dejó de seguir la marcha que ha seguido después. El corto desarrollo del arte literario romano se detuvo de pronto por muchas causas, que se conocen en parte, pero no son de este lugar. Entonces la inteligencia volvió á sus antiguas ocupaciones, y el derecho fué de nuevo el estudio más distinguido, como cuando se consideraba juegos de niños la filosofía y la poesía. Se comprenden las circunstancias exteriores que en la época imperial inclinaban al estudio del derecho, con sólo considerar las profesiones elegibles. Los hombres de valor podían ser profesores de retórica, comandantes de un puesto fronterizo y redactores de panegíricos: fuera de esto no quedaba más que la práctica de la jurisprudencia, único medio por que se llegaba á la fortuna, á la reputación, á los puestos, al consejo imperial y hasta al trono.

Tan enormes eran estas ventajas, que había escuelas de derecho en todas las partes del imperio; aun en las que pertenecían á la metafísica. Pero aunque el paso del imperio de Bizancio dió visible impulso en Oriente al derecho,

éste no destronó los demás estudios que allí le hacían competencia. Su lenguaje, el latín, era extranjero en Oriente. Sólo en Occidente el derecho sirvió de alimento á los hombres ambiciosos, á los de elevadas aspiraciones y á toda la actividad intelectual.

La filosofía griega nunca fué más que afición pasajera y de moda para los hombres cultos de Roma; y al dividirse el imperio y crearse una capital nueva, las provincias de Occidente abandonaron los estudios griegos y se dedicaron al derecho sólo. En cuanto abandonaron las enseñanzas griegas y empezaron á tener teología propia, la llenaron de ideas y de fórmulas jurídicas. Indudablemente este fondo jurídico de la teoría occidental es muy profundo. Nuevas teorías griegas, la filosofía de Aristóteles, entraron más tarde en Occidente, casi envolviendo las doctrinas indígenas: pero al librar la Reforma al Occidente de esa influencia, el derecho romano recobró su puesto. No se sabe qué sistema religioso, el calvinista ó el arminiano, tiene más señalado carácter jurídico.

La gran influencia del contrato romano en el derecho moderno respectivo pertenece, más que á este libro, á una historia del derecho perfeccionado. No se notó hasta que la escuela de Bolonia fundó la ciencia del derecho moderno; pero la importancia de la idea desarrollada del contrato fué anterior. El feudalismo queda dicho que era una mezcla de costumbres primitivas y derecho romano: sólo así se le explica. Sus primeras formas sociales difieren poco de las que se hallan por doquiera en las asociaciones primitivas. El feudo era una corporación de asociados, con una mezcla incomprensible de los derechos personales y de propiedad; algo como la comunidad de villa india y el clan de las montañas. Pero presentaba otros fenómenos que no tienen las asociaciones espontáneas de los novicios de la cultura.

Las verdaderas comunidades primitivas no se sostienen por reglas, sino por sentimiento, ó más bien por instinto: los agregados á la asociación participan de este instinto, pretendiendo erróneamente participar del parentesco de sangre que le origina. Pero las primeras comunidades feudales no dependían del sentimiento ni de la ficción; el lazo

que las unía era un contrato, y por contrato entraban los nuevos asociados. La relación del señor y los vasallos se determinaba en su origen por un pacto expreso, y el que entraba por recomendación ó infeudación sabía expresamente en qué condiciones le admitían.

La diferencia del feudalismo y de las instituciones primitivas estriba, por tanto, en el contrato. El señor tenía analogías con el patriarca, pero estaba sujeto á multitud de costumbres, originadas de las condiciones del convenio en que la infeudación se hizo. De aquí proceden sus principales diferencias con las comunidades primitivas. El feudalismo es más variado y más duradero; más duradero, porque las reglas formales duran más que las costumbres instintivas: más variado, porque los contratos originales se regulaban detalladamente, según la situación y los deseos de quienes daban ó abandonaban las tierras.

Esto obliga á rectificar las opiniones vulgares sobre el origen de la sociedad moderna. Se dice que los aspectos variados é irregulares de nuestra civilización se deben al genio exuberante y fantástico de los germanos, contrario á la tosca rutina del imperio romano. Pero lo cierto es que éste ha legado á la sociedad moderna la idea jurídica á que se deben esas irregularidades, porque si algún carácter seguro tienen las costumbres é instituciones bárbaras, es la excesiva uniformidad.

## CAPITULO X

### HISTORIA PRIMITIVA DE LOS DELITOS Y LOS CRÍMENES

Los Códigos teutónicos, incluso los de nuestros antepasados anglosajones, son los únicos cuerpos del derecho primitivo de cuyas dimensiones podemos formar idea exacta. Aunque de los fragmentos de Códigos romanos y helénicos que tenemos se deduce su carácter general, no son tan importantes que nos aseguren de su extensión ni de la proporción de sus partes. Pero, en suma, todas las colecciones conocidas de leyes antiguas se distinguen claramente de los sistemas perfeccionados de derecho en la desproporción de las leyes civiles y criminales. En los Códigos germanos las disposiciones de derecho civil son insignificantes al lado de las de derecho criminal. Las tradiciones sobre las atroces penas del Código de Dracón parecen indicar el mismo carácter. Sólo en las XII Tablas, producidas por la sociedad de mayor genio jurídico y de más dulces costumbres primitivas, las disposiciones del derecho civil ocupan más lugar, como en los Códigos modernos; de todos modos, fué grande, aunque no enorme el espacio de las disposiciones penales.

Cabe afirmar que cuanto más antiguo es un Código más número y minuciosidad tienen sus preceptos penales. Algunos explican este fenómeno, con cierta exactitud, por la violencia que existía en las sociedades al empezar á escribir sus leyes; el legislador, dicen, dividió su obra conforme á la frecuencia de los accidentes de la vida bárbara. Sin embar-

go, no creo completa esta explicación. La esterilidad relativa del derecho civil en las colecciones primitivas se relaciona con los caracteres del derecho antiguo expuestos en este libro.

Nueve décimas partes del derecho civil adelantado se refieren á las personas, la propiedad, las sucesiones, los testamentos y los contratos; y es evidente que todas estas ramas tienen límites tanto más estrechos cuanto más se acercan á la infancia de la sociedad. El derecho de las personas, ó sea el relativo al estado de las mismas, se encierra en límites estrechísimos cuando todas ellas viven sometidas al poder paternal, sin derecho en la mujer contra el marido, ni en el hijo contra el padre, ni en el pupilo contra los agnados tutores. Tampoco podía haber muchas reglas sobre propiedad y sucesiones cuando la tierra y los bienes se transmitían por familias, sin que ninguna distribución saliese del círculo de las mismas. Y mucho mayor es el vacío de aquel derecho respecto del contrato, que algunos Códigos primitivos no mencionan; al paso que otros atestiguan que las nociones morales en que se basa el contrato no habían adquirido madurez, limitándose la jurisprudencia á la regulación minuciosa del juramento. En cambio, no había motivos iguales para la pobreza de la ley penal; y aunque sería aventurado sostener que la infancia de las naciones es siempre un período de violencia desenfrenada, se comprende bien la diferencia de extensión del derecho civil y del penal entre los antiguos y los modernos.

He hablado de la preferencia que el derecho primitivo concedía á los preceptos penales respecto de civilizaciones más adelantadas. Hablo así por la comodidad del lenguaje, pero, en realidad, las disposiciones numerosas de los antiguos Códigos, examinadas atentamente, no pertenecen al verdadero derecho penal. En todos los pueblos civilizados se distinguen las ofensas al Estado y á la sociedad y las hechas á los individuos; dos clases de infracciones, que podemos llamar ahora, aunque no siempre se hayan llamado igual, crímenes y delitos. Pues bien: la ley penal de las antiguas sociedades no castiga los crímenes, sino sólo los delitos, en inglés *torts*. El ofendido dirigía al ofensor una acción civil ordinaria, y si él se negaba á aceptar la cues-

tión, era condenado á pagar una suma como indemnización de daños y perjuicios.

En los comentarios de Gayo al capítulo de derecho penal de las XII Tablas, figura, á la cabeza de los daños civiles reconocidos por la ley, el hurto, *furtum*. Las ofensas que hoy consideramos crímenes se consideraban daños: y no sólo el hurto, sino también el ataque y el robo á mano armada los unía el jurisconsulto al allanamiento de la propiedad ajena y á la difamación escrita ó verbal. De todos nacía una obligación ó *vinculum juris*, y todos se castigaban con pago de cantidad. Esta particularidad es más chocante aún en las colecciones de leyes germánicas, que tienen todas un inmenso sistema de compensaciones en dinero para el homicidio, y casi todas otro también extenso para ofensas menos graves. «En la ley anglosajona, escribe Kemble, la vida de todo hombre libre se tasaba en dinero, según su rango: una cantidad compensaba las heridas que podían causársele, y casi todos los daños posibles en sus derechos civiles, en su honor, en su tranquilidad: cantidad variable según las circunstancias de la ofensa». Estas compensaciones se consideraban sin duda como fuente de ingresos; reglas complicadas definían el derecho del que las pretendiera y la responsabilidad del pagador. En otro sitio queda dicho de qué modo especial se sucedía en ellas si no se pagaban antes de la muerte del ofendido.

Si, pues, se llama daño ó delito la ofensa hecha á un particular, no al Estado, cabe afirmar que, en la infancia del derecho, no era el penal propiamente dicho, sino el relativo á daños, quien protegía al ciudadano contra la violencia y el fraude. Por eso en el derecho primitivo ocupan gran lugar los daños, como por otra parte se habla también de los pecados. Es natural que se hable en los Códigos teutónicos, porque los que poseemos fueron confirmados ó reformados por legisladores cristianos; pero también en otros Códigos no cristianos se castigan actos y omisiones como infracción de los mandatos de Dios. Las leyes del Areópago de Atenas eran quizá un Código religioso; como en Roma, antiquísimamente el derecho pontifical era quien castigaba el adulterio, el sacrilegio y acaso la muerte. Había, por tanto, en ambos sitios leyes penales contra los pecados y otras contra los

delitos; producto las primeras de la idea de ofensas á la divinidad, y las segundas de la de ofensas al prójimo.

La idea de ofensas al Estado ó al conjunto de ciudadanos no produjo al principio verdadero derecho criminal; pero no es creíble tampoco que idea tan simple y elemental faltara completamente. Lo que parece es que la falta de derecho penal dependió de haber comprendido la idea de una manera distinta. Siempre que la sociedad romana comprendió que era ofendida, creyó análoga esta ofensa á la hecha á un individuo, analogía que se llevó al último extremo y por la que el Estado vino á vengarse del ofensor por actos un tanto personales.

Al principio de la República, toda ofensa grave á su seguridad ó intereses se castigaba por una ley especial. Esta es la primera concepción del *crimen*; acto tan trascendente, que el Estado lo separa del tribunal civil y religioso, y lo castiga con una ley, *privilegium*. Así, la acusación tomaba forma de condena, y el procedimiento contra el criminal era totalmente extraordinario é irregular, no sujeto á reglas fijas ni condiciones definidas. De modo que no había en aquella época ni jurisprudencia ni leyes criminales; el único tribunal era el soberano mismo, y no se podían clasificar los actos prescritos ó prohibidos. El procedimiento era igual al de una ley; dirigido por las mismas personas y con las mismas formalidades.

Se nota que, aun después de formado un derecho penal regular, con magistrados para aplicarle, siguió en vigor el antiguo procedimiento, á juzgar por la conformidad de la teoría con la práctica: y aunque tenía ya menor crédito, el pueblo romano siguió usando su poder de castigar por leyes especiales las ofensas á la majestad del mismo. Los versados en la literatura clásica saben que la ley *Bisagelia*, relativa á las penas entre los autenienses, sobrevivió al establecimiento de tribunales ordinarios. En las razas teutónicas, las ofensas de gravedad especial ó realizadas por criminales de rango, se juzgaban también por la asamblea legislativa; y de igual índole era la jurisdicción del Wite-nagemot anglo sajón.

Obsérvese que la diferencia señalada entre los antiguos y los modernos, respecto á leyes penales, sólo existe en las

palabras. Aunque la comunidad castigaba legislativamente los crímenes, sus tribunales intervenían desde luego para obligar al ofensor á *componer* la ofensa; lo que demuestra que la comunidad se consideraba también ofendida. Solo que, por rigurosa que sea esta conclusión, no es fácil que la obtuvieran nunca los hombres de la antigüedad primitiva. Que la idea de una ofensa á la comunidad no tenía que ver con la intervención primitiva de los tribunales del Estado, se demuestra por el hecho de que estos procedían imitando exactamente la serie de actos con que los particulares disputaban primero y dejaban después apaciguar la querella. El magistrado imitaba exactamente la posición de un árbitro nombrado por la suerte.

Probaré esta afirmación, para demostrar que no es fantástica. El procedimiento más antiguo que conocemos seguramente es la *legis actio sacramenti* romana, origen positivo del derecho romano sobre acciones. Gayo describe cuidadosamente el ceremonial de esa acción, que, insignificante y grotesca al parecer, podemos comprender é interpretar con un poco de atención.

Supongamos ante el tribunal el objeto del litigio. Si es un mueble está él mismo; si un inmueble, están un fragmento ó una muestra; la tierra se representa por un terrón; una casa por un ladrillo. En el ejemplo de Gayo, el objeto es un esclavo. El demandante avanza, con una varilla que, según expresa Gayo, representa una lanza; toma al esclavo y afirma su derecho sobre él de este modo: «*Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse dico, secundum suam causam, sicut dixi*»; después añade: «*Ecce tibi vindictam imposui*», y le toca con la lanza. El demandado dice iguales palabras y hace iguales ceremonias. Entonces el pretor interviene, ordenándoles dejar la presa: «*mittite ambo hominem*». Ellos obedecen y el demandante pregunta al demandado el motivo de su intervención: «*Postulo anne dicas quâ ex causa vindicaveris*». El demandado responde con nueva afirmación de su derecho: «*Jus peregi sicut vindictam imposui*». Entonces el demandante ofrece apostar una cantidad (*sacramentum*) por la justicia de su causa: «*Quando tu injuria provocasti, D æris te provoco*». El demandado responde: «*Similitem ego te*», y acepta la apuesta.

El procedimiento posterior no era ya fijo, advirtiendo que el pretor tomaba garantías del *sacramentum*, que iba siempre á las arcas del Estado.

Este era el preliminar necesario de todo antiguo litigio en Roma. Es innegable la opinión de que era un drama el origen de la justicia. Dos hombres armados disputan sobre un objeto. El pretor, *vir pietate gravis*, pasa por azar é interviene en la disputa. Los dos hombres le exponen el asunto y le eligen árbitro, sobre la base de que el condenado pierda además del objeto una cantidad que se concede al árbitro en remuneración de su trabajo y su tiempo. A la probabilidad de esta interpretación, se une la coincidencia de que la ceremonia que describe Gayo, como necesaria en la *legis actio*, es en sustancia la misma que, según Homero, grabó el dios Hephaistos en uno de los cuadros del escudo de Aquiles. El objeto de la disputa, en la escena descrita por Homero, como si se hubiera propuesto caracterizar la sociedad primitiva, es la composición para un homicidio; uno que afirma que la ha pagado y otro que no la ha recibido. Esta escena equivale á la práctica primitiva de Roma, por la recompensa destinada á los jueces. Dos talentos de oro, colocados entre ellos, debían ser entregados al que mejor explicara, á juicio de los presentes, las razones de la decisión.

La importancia de esta suma, dada la poca que tenía el *sacramentum*, indica, á mi juicio, lo distintas que son una costumbre flotante y otra transformada en derecho. La escena que describe el poeta es viva y característica, pero sólo accidental; un detalle de la vida de la edad heroica, convertido, al empezar la historia del procedimiento civil, en forma ordinaria y habitual de abrir la instancia. Por eso es natural que en la *legis actio* la remuneración del juez esté reducida á una suma razonable, y que en vez de darla á un árbitro por aclamación popular, se pague siempre al Estado, á quien representa el pretor.

Pero es indudable que los detalles tan vivamente descritos por Homero y Gayo con toda la precisión del lenguaje técnico, tienen en el fondo igual sentido; lo que se confirma por la opinión de muchos que han estudiado las primeras costumbres de Europa moderna, observando que las multas

impuestas al principio por los tribunales eran verdaderos *sacramenti*. El Estado no cercenaba al demandado la compensación del daño que le hubieran hecho; pero sí tomaba parte de la concedida al demandante, simplemente como precio de su tiempo y su trabajo. M. Kemble atribuye expresamente ese carácter al *bannum* ó *fredum* anglo-sajón.

El antiguo derecho tiene otras pruebas más de que los primeros administradores de la justicia imitaban los actos que realizarían las personas envueltas en una disputa privada. Al regular los daños del asunto, tomaban por medida la venganza que podría ejercer el ofendido, dadas las circunstancias del asunto. Así se explica la diferencia de penas impuestas al criminal sorprendido *infraganti*, y al descubierto con mucha posterioridad. Hay ejemplos notables de esto en el derecho romano relativa al robo. La ley de las XII Tabas parece que distinguió los robos manifiestos y los no manifiestos, castigándolos de una manera muy distinta. El autor del robo manifiesto, cogido en la misma casa ó al tratar de huir con su botín, era condenado á muerte siendo esclavo, y siendo libre quedaba por esclavo del robado. Al autor del no manifiesto, cogido en otras circunstancias distintas, se le imponía solamente la obligación de restituir el duplo de lo robado. En tiempo de Gayo, la severidad excesiva de las XII Tabas para el robo manifiesto se había naturalmente endulzado, pero aún se castigaba al autor con la restitución del cuádruplo, mientras que el del no manifiesto seguía siendo el duplo.

Sin duda el legislador pensaba que el propietario robado, obrando por sí mismo, sería muy severo en el primer momento, pero no lo sería tanto de descubrirse al ladrón más adelante; y sobre esto se basaba la diferencia de penas de la ley. El mismo principio se halla precisamente en el Código anglo-sajón y en las demás leyes germánicas; que permitían colgar ó decapitar al ladrón perseguido y cogido con lo robado, haciéndolo en el acto mismo; y castigaban como homicida á quien le matara después de abandonada la persecución.

Se ve en estas antiguas distinciones la diferencia de un derecho primitivo y otro refinado. De las cosas más difíciles para el juez moderno es distinguir el grado de crimina-



lidad de distintos actos comprendidos en la misma definición. Es fácil decir si un hombre ha cometido homicidio, robo ó bigamia; pero es muy difícil generalmente decir hasta qué punto es culpable moralmente y, por tanto, el grado de pena en que ha incurrido. Hoy no hay dificultad apenas en la casuística ó en el análisis de los motivos de cada caso para determinar éste con precisión; y esto depende de que las leyes modernas tienden cada vez más á evitar definiciones precisas en este punto. En Francia se deja al Jurado el decidir si en el crimen que reconoce han concurrido circunstancias atenuantes; en Inglaterra tiene el juez una amplitud casi ilimitada en la elección de la pena, y en todos los Estados se reserva, como remedio contra los errores legales, la gracia de indulto, atribuida al más alto magistrado.

Es curioso notar lo poco que sintieron estos escrúpulos los hombres primitivos, su persuasión de que los sentimientos de la persona ofendida daban la medida de la imposición de las penas y la exactitud con que siguieron los movimientos probables de sus pasiones, al fijar el grado de la penalidad. Desgraciadamente, su método penal no está totalmente abandonado; hay muchos sistemas de legislación moderna que justifican en casos de delito grave y flagrante cualquier exceso del ofendido contra el ofensor; indulgencia que parece ininteligible vista superficialmente, pero que se funda, á mi juicio, en un estado moral muy bajo.

He dicho que las consideraciones sobre que las sociedades antiguas crearon un verdadero derecho penal eran muy simples. El Estado se consideraba ofendido y la asamblea popular castigaba al ofensor por medio de una ley. Es cierto además que en el antiguo mundo, aunque no en el moderno, los primeros tribunales criminales eran simples subdivisiones ó comisiones del poder legislativo. Esta es siempre la conclusión histórica respecto de los grandes Estados de la antigüedad, bastante clara en uno y segura en otro.

Primeramente en Atenas se confiaba el castigo de las ofensas parte á los arcontes, que parece las castigaban como *daños*, y parte al areópago, que los castigaba como *pecados*. Estas dos jurisdicciones pasaron á la Helicea, alto tribunal de justicia popular, y los arcontes y el areópago se hicieron

secundarios ó insignificantes. Pero *Helicea* es la antigua palabra que designó la asamblea; la Helicea de los tiempos clásicos era sencillamente la asamblea popular para dictar justicia, y los famosos dikasterios de Atenas las subdivisiones ó secciones de las mismas. Los cambios correspondientes en Roma son aún de más fácil interpretación, que los romanos se limitaron al derecho penal, sin establecer, como en Atenas, tribunales populares para las causas civiles y para las criminales.

La historia del derecho penal romano comienza en los *judicia populi*, presididos dícese que por los reyes; y que eran simplemente procesos solemnes formados á los grandes criminales en forma legislativa. Parece, sin embargo, que, desde muy antiguo, los comicios solían delegar su jurisdicción criminal en una *questio* ó comisión, relacionada con la asamblea lo mismo que una comisión de la Cámara de los Comunes con esta Cámara; salvo que los *questores* romanos, lejos de limitarse á informar á los comicios, ejercían todos los poderes de ellos, hasta el de dictar sentencia condenatoria. Cada *questio* estaba encargado de fallar en una ofensa especial; pero nada impedía que dos ó tres *questiones* actuasen al mismo tiempo; y probablemente habría muchas á la vez cuando muchas á la vez fueran las ofensas graves contra la República. Hay datos para creer que á veces estas *questiones* se parecían á nuestras comisiones permanentes (*standing committees*), por ser nombradas periódicamente y sin haberse cometido un crimen. Los antiguos *questores parricidii*, de que se habla respecto á asuntos muy antiguos, como encargados de juzgar (instruir y juzgar, dicen algunos autores) los casos de parricidio y de muerte, parece que eran nombrados todos los años; y los *dunmviiri perduellionis*, comisión de dos miembros para juzgar las ofensas violentas á la república, se nombraban también periódicamente, á juicio de muchos escritores.

La jurisdicción delegada de estos funcionarios nos lleva á tiempos más modernos. En vez de nombrarlos cuando se cometían crímenes de Estado, se les daba jurisdicción general sobre los que podrían cometerse. Las palabras *perduellio* y *parricidium* demuestran además que iba llegando un derecho penal regular, é indican ya algo parecido á una

clasificación de los delitos. Sin embargo, el verdadero derecho criminal no nació hasta el año 419 antes de J. C., al publicar Calpurnio Piso la ley llamada *Calpurnia de repetundis*. Esta ley se aplicaba á los asuntos *repetundarum pecuniarum*, reclamaciones de los habitantes de las provincias para el reembolso del dinero percibido indebidamente por los gobernadores generales; pero su importancia grande y duradera fué la de establecer la *questio perpetua*.

Una *questio perpetua* era una comisión permanente; distinta, por lo tanto, de la nombrada temporalmente para un crimen. Era un tribunal criminal regular, que nacía en la ley que lo creaba y seguía hasta abolirlo otra ley. Sus miembros no eran nombrados personalmente como en las antiguas *questiones*, pero la ley determinaba el modo de elegir los jueces en clases determinadas, y de renovarles por reglas definidas. Las ofensas de que conocía eran también señaladas y definidas por la ley; y la *questio* juzgaba y condenaba á todos aquellos cuyos actos entraban en la definición del crimen que daba la ley. Era, por lo tanto, un tribunal criminal regular, aplicando una verdadera legislación criminal regular.

La historia penal primitiva se divide, por tanto, en cuatro épocas. En cuanto la idea de *crimen*, separada de las de *daño* y *pecado*, se aplica á las ofensas contra el Estado y la comunidad, se vé desde luego que ésta, aplicando la idea literalmente, obra por modo directo y actos especiales contra el autor del mal. Este es el punto de partida: cada acusación es un decreto penal, una ley especial señalando al delincuente é imponiendo el castigo. La segunda época nace cuando la multiplicidad de crímenes obliga á nombrar *questiones* encargada cada una de una acusación particular, y de imponer el castigo correspondiente, si es fundada. Viene la tercera época cuando en vez de nombrarse una *questio* á cada crimen cometido, se nombra periódicamente comisarios, como los *questores parricidii* y los *duumviri perduellionis* para los crímenes que puedan cometerse en adelante. Se llega á la última época cuando en vez de nombrarse accidental ó periódicamente las *questiones* se convierten en cámaras permanentes, haciendo de los jueces la ley una clase determinada para el porvenir, sujeta á ciertas

formas, definiéndose en general los actos que han de considerarse crímenes, y castigándose con penas determinadas para cada especie.

A haber subsistido más tiempo las *questiones perpetuae* hubieran acabado por ser una institución independiente, próximamente de igual relación con los comicios que nuestros tribunales con el soberano, fuente teórica de toda justicia. Pero el despotismo imperial las destruyó antes de olvidarse su origen, y los romanos las consideraron siempre como poder delegado. Se miraba la jurisdicción penal como atributo del poder legislativo, sin que el ciudadano dejara de ver nunca, tras de las *questiones*, una delegación de ciertas funciones legislativas de los comicios.

De considerar así las *questiones*, aun después de hacerse permanentes, como comisiones de la asamblea popular y cuerpos subalternos de una autoridad superior, nacieron importantes consecuencias jurídicas que se notan aún en el último período del derecho penal. En primer lugar, los comicios siguieron juzgando por decretos é imponiendo penas mucho después de establecerse las *questiones*. Aun siendo cómodo para él, el poder legislativo no abandonó á cuerpos extraños sus poderes: al lado de las *questiones* siguieron juzgando los comicios durante toda la república, y á la asamblea de las tribus se acudió siempre que surgía la indignación popular. De esta dependencia de las *questiones* nació otra particularidad en las instituciones de aquel tiempo: la desaparición de la pena de muerte; frecuentemente citada por lo escritores del siglo XVIII, como signo del carácter romano y como fundamento de reformas en la sociedad moderna.

Pero es indudable que aquella desaparición fué fortuita. De las tres formas sucesivas del poder legislativo en Roma, se sabe que una representaba á la ciudad como cuerpo militar: los *comitia centuriata*. Esta asamblea, por tanto, tenía todos los poderes que se suponen convenientes á un general en jefe del ejército; y entre ellos el de someter á su jurisdicción, como á un soldado por disciplina, á cuantos cometieran alguna ofensa. Podían, en su virtud, imponer la pena capital. Pero los *comitia curiata* y los *tributa* no podían imponerla: uno y otro estaban sujetos al carácter

sagrado que por el derecho y la religión tenía el ciudadano de murallas adentro; y los *comitia tributa* positivamente sólo podían castigar con multa.

Mientras la jurisdicción criminal, atribuida al poder legislativo, se ejercía coordinadamente por la asamblea de las centurias y la de las tribus, fué fácil acudir á aquella para la imposición de las penas más severas á los delitos más graves; pero la asamblea de las tribus, más democrática que las otras, las fué reemplazando poco á poco, quedando como poder legislativo ordinario al fin de la república. Y como entonces se establecieron las *questiones perpetua*, nacidas por decretos de una asamblea legislativa que no podía castigar á muerte, y limitadas en sus atribuciones y poderes, como comisiones judiciales de autoridad delegada, por los del cuerpo delegante, si la asamblea de las tribus no podía condenar á muerte, tampoco pudieron naturalmente los *questiones*:

No fué simpática esa desaparición á la antigüedad, como lo es ahora: es muy dudoso que sirviera para mejorar el carácter romano, y seguro que molestaba á la constitución del pueblo. Como todas las instituciones históricas, la pena de muerte es necesaria en cierto grado de civilización. Hay épocas en que su desaparición contradice los dos grandes instintos que dan base á todo derecho penal: la suficiente venganza de la comunidad contra el criminal y la ejemplaridad del castigo respecto de los que quieran imitarle. La imposibilidad de condenar á muerte los tribunales de Roma, fué origen directo y evidente de aquellas afrentosas *proscripciones*, durante las cuales se suspendía toda ley, como único medio concedido á la violencia de los partidos para satisfacer sus deseos de venganza. Nada contribuyó tanto como aquella suspensión periódica de las leyes á la decadencia política de Roma; puede creerse que desde la primera vez que se acudió á ella, la ruina de la libertad romana se hizo inevitable. Si los tribunales hubieran podido satisfacer la pasión popular, se hubiesen pervertido, sí, las formas procesales, como en Inglaterra, durante los últimos Stuardos; pero no se hubiera modificado tan profundamente el carácter nacional, ni debilitándose seriamente la estabilidad de las instituciones.

Otras dos singularidades ofrece el sistema penal romano por efecto de aquella teoría del poder judicial: la extrema-multiplicidad de tribunales criminales, y la clasificación caprichosa é irregular que caracterizó siempre aquel derecho. Toda *questio*, perpetua ó no, era nombrada en una ley especial, de la que nacía su autoridad, y donde se le señalaban el crimen de que iba á ocuparse, y los límites á que se sujetaría. Como cada ley estableciendo una *questio* se fundaba en circunstancias especiales, y se destinaba á castigar los actos considerados por el momento como más peligrosos ó abominables, no había entre ellas coordinación ni principio común alguno. Había, por tanto, veinte ó treinta derechos penales á la vez, con otras tantas *questiones*, sin que durante la república se pensara en fundir en uno todos esos cuerpos, ni de ordenar los preceptos de las leyes que los nombraban y regulaban.

Esta situación de las jurisdicciones criminales de Roma se parece mucho á la justicia civil inglesa, cuando aún nuestros tribunales de derecho consuetudinario no habían empezado á establecer las ficciones legales en sus fallos. El Banco de la Reina, los tribunales ordinarios y el del Echiquier, emanaban todos de una autoridad superior, y conocían de los asuntos que ésta les había delegado; sólo que en Roma las *questiones* eran más de tres, y se hacía infinitamente más difícil distinguir los actos de la jurisdicción de cada uno de los tres tribunales de Wetsminter Hall.

La dificultad de determinar exactamente la competencia de las *questiones*, producía en aquellos tribunales un gran inconveniente; se ve con extrañeza que, cuando no era claro á qué clase pertenecía una ofensa, podía citarse al acusado ante varias *questiones*, para que alguna se declarara competente; y que la condena dictada por una de ellas impedía el conocimiento de las otras, pero no así la absolución. Esto era directamente contrario á la regla del derecho civil romano, y es seguro que un pueblo tan sensible como aquél á las anomalías (faltas de elegancia, que decían gráficamente ellos), no lo hubiera soportado mucho tiempo, á no ser porque la triste historia de las *questiones* hacía mirar éstas como arma de ocasión de las facciones, más que como instituciones permanentes para la represión del crimen.

Los emperadores quisieron abolir aquellos tribunales múltiples, siempre en conflicto; pero es chocante que no tocaran también la arbitrariedad en la clasificación de los crimines, nacida en parte del número de *questiones*, y conservada hasta en el *Corpus juris*. De hecho, cada *questio* limitaba su jurisdicción á los crímenes señalados por la ley que la constituía, los cuales sólo se agrupaban por la misma necesidad de castigo que producía la ley. Pero, aun no teniendo nada de común necesariamente, el estar sometidos á la misma *questio* impresionaba la atención pública, y tan firmemente llegó á asociarlos la opinión que, al tratar Sila y Augusto de consolidar el derecho criminal, conservaron aquellos grupos de ofensas.

Nada más extraordinario que algunas clasificaciones de Sila y Augusto, en cuyas leyes se basa el derecho penal del imperio. Baste decir que el perjurio figuraba en el grupo de las heridas con arma blanca y del envenenamiento, sin duda porque una ley de Sila, *lex Cornelia de sicariis et beneficiis*, encargó de esos tres crímenes á una misma comisión permanente. Este modo caprichoso de agrupar los crímenes, debió de influir en el latín vulgar romano. Se tomó naturalmente la costumbre de designar todas las ofensas por el nombre de la primera de la lista, con que se designaba también el tribunal encargado de juzgarlas. Así, todas las juzgadas por la *questio de adulteriis* se llamaban adulterios.

He insistido sobre la historia y el carácter de las *questiones*, porque es lo más saliente de la formación del derecho criminal. Desde las últimas *questiones*, añadidas por Augusto, ya tuvieron los romanos un derecho penal bastante completo. Al engrandecerse este derecho, empezó la conversión de delitos en crímenes, porque no aboliendo el poder legislativo la acción civil para las ofensas atroces, el ofendido tuvo en ella un recurso preferible. Sin embargo, aun después de las leyes de Augusto, se siguió considerando daños muchas ofensas que hoy se consideran crímenes, y no empezaron á castigarse como tales hasta una época posterior, incierta, en que se habla ya de ofensas nuevas que llamó el Digesto *crimina extraordinaria*.

Eran, sin duda, actos que la teoría romana creía daños,

pero la idea creciente de la majestad social repugnó que sólo produjesen á su autor obligación de daños y perjuicios. Las personas ofendidas parece que empezaron á poder perseguirlos como crímenes *extra ordinem*, es decir, por un procedimiento algo distinto del ordinario. Desde que por primera vez se reconoció esos crímenes, la lista de éstos en el imperio romano debió ampliarse tanto como en cualquier Estado moderno.

Es inútil describir detalladamente el modo de administrar justicia en Roma; pero tanto la práctica como la teoría han influido poderosamente en la sociedad moderna.

Los emperadores no abolieron de pronto las *questiones*, sino que empezaron por dar jurisdicción criminal muy extensa al Senado, en el que, por servil que parezca, el emperador sólo figuraba como un senador. Pero el príncipe reclamó desde luego una especie de jurisdicción, la cual, al irse borrando el recuerdo de las libertades públicas, tendió á engrandecerse á costa de los antiguos tribunales. Poco á poco se fué encargando de castigar los crímenes á magistrados que nombraba por sí el emperador, y el Consejo privado imperial, recogiendo las funciones del Senado, se hizo tribunal de apelación suprema en materia penal.

Así se formó insensiblemente la doctrina, aún admitida, de que el soberano es fuente de toda justicia y depositario de toda gracia, no tanto por efecto de la adulación y el servilismo, como de la centralización entonces consumada. La teoría de la justicia penal volvió, como circularmente, casi á su punto de partida. Empezó creyéndose que la sociedad debía vengarse por sí misma de los daños que la afectaban, y acabó afirmándose que el castigo de los crímenes pertenece especialmente al soberano, como representante y mandatario del pueblo. Estos puntos de vista diferían sólo en el terror y majestad de que rodeaba al soberano esa suprema vigilancia de la justicia.

Esta doctrina romana sobre las relaciones del soberano y la justicia, ha impedido á la sociedad moderna sufrir los cambios que enseña la historia de las *questiones*. En el derecho primitivo de casi todas las razas de Europa occidental, existe la idea antigua de que el castigo del crimen pertenece á la asamblea de los hombres libres; y en algunos

Estados, dícese que Escocia es uno, el origen de los tribunales existentes está en una comisión legislativa. Pero el desarrollo del derecho criminal en todas partes depende de dos causas: el recuerdo del imperio romano y la influencia de la Iglesia.

Por una parte, la tradición de la majestad de los Césares, continuada por el poder de la dinastía de Carlomagno, rodeó al soberano de un prestigio impropio de un simple jefe bárbaro, y dió á todo potentado feudal carácter de tutor de la sociedad y representante del Estado. La Iglesia, por otra parte, para poner freno á la ferocidad sanguinaria, buscó y halló fragmentos de la Sagrada Escritura, en punto al castigo de los crímenes graves, donde se aprueba el poder confiado á los magistrados civiles. Con el Nuevo Testamento se demuestra que el poder secular existe para el terror de los malos, y se recuerda la frase del antiguo: «Al que vierta la sangre del hombre, el hombre le verterá la suya.»

Indudablemente, las ideas modernas sobre crímenes se fundan en dos proposiciones que sostuvo la Iglesia en la Edad media: 1.º Que todo jefe feudal, en la medida de su poder, podía asimilarse á los magistrados romanos de que habla San Pablo. 2.º Que las ofensas castigables por él eran las de los mandamientos de la ley de Dios, ó más bien, las que la Iglesia no se reservaba castigar. La herejía condenada en el primero y segundo mandamiento, y el adulterio y el perjurio se reservaban á los tribunales eclesiásticos, y la Iglesia sólo admitía la cooperación del brazo secular para imponer penas severas, en casos de gravedad extraordinarios. Ella también enseñó que la muerte y el robo, en todos casos, pertenecían á la jurisdicción civil, no por accidente, sino por mandato expreso de Dios.

FIN DE LA PARTE ESPECIAL

## SUMARIO

### CAPÍTULO VI

**Fases históricas del testamento.**—El feudalismo, los bárbaros, la Iglesia.  
—Errores que evita el estudio histórico.  
**Cuestiones previas sobre testamentos.**—La *universitas juris*.—La sucesión universal: historia y caracteres de esta idea: su necesidad para el testamento.  
**Caracteres del testamento primitivo.**—Su origen exclusivamente romano.  
**Historia del testamento en Roma.**—El de los *comitia curiata*.—El mancipatorio: su origen é importancia histórica.—El del pretor: su origen y caracteres.—Última forma del testamento en Oriente.

### CAPÍTULO VII

**La libertad de testar de las XII Tablas.**—Explicación.—Motivos del horror de los romanos á morir sin testamento.—*Libertad de testar del feudalismo*: limitación y explicación de esta libertad.  
**Principio de la primogenitura.**—Ausencia entre los romanos y los bárbaros.—Su origen, historia y difusión.—La primogenitura como necesidad de la organización primitiva.—Diferencia entre ambas primogenituras.—Ampliación de los caracteres de la primitiva.

### CAPÍTULO VIII

**La ocupación.**—Modo natural de adquirir.—Su definición y objeto.  
**Su importancia en el derecho internacional.**—Sobre presas de guerra.—Sobre descubrimiento de países nuevos.  
**Su importancia en la filosofía del derecho.**—Como origen de la propiedad privada.—Errores de Blackstone.—Opinión de Savigny.—Fundamento probable de la propiedad privada.  
**Carácter colectivo de la propiedad primitiva.**—Su estudio en la India y otros países.—Formación gradual de la propiedad privada.  
**Obstáculos á la circulación de la propiedad antigua.**—Remedios: 1.º la clasificación de los bienes; su estudio en Roma, la India y los bárbaros.—2.º la usucapción.—3.º la *cessio in iure*.  
**Influencia de los tribunales en la propiedad.**—Por la diferencia de la propiedad y de la posesión.—Por la equidad: sus caracteres.—Origen de la propiedad feudal en la equidad.—Id. en la enfiteusis.

## CAPITULO IX

**Importancia moderna del contrato.**—Tendencia de los economistas y legisladores.—Prejuicios vulgares y científicos sobre la buena fé.

**El contrato en los tiempos primitivos.**—Su escasez.—Datos de la literatura y del derecho.

**El contrato en Roma.**—Elementos primitivos: 1.º el *nexum*; su origen, modificación é importancia; 2.º el *vinculum juris*; su necesidad.—Diferencia de la obligación y el pacto.—Los contratos verbales, escriturarios, reales y consensuales: sus fundamentos y caracteres.—Las obligaciones naturales.—Los pactos pretorios.—Resumen.

**El contrato en otros pueblos.**—Sus probables semejanzas con el romano.

**Influencia del contrato romano** sobre las ciencias modernas.—Sus causas en el carácter jurídico de Occidente y en la especialidad del lenguaje de contratos.—Estudio de esa influencia en política, en la filosofía moral, en la metafísica y en el derecho moderno respectivo.

## CAPÍTULO X

**Amplitud del derecho penal en las antiguas leyes.**

**Sentido privado de aquel derecho.**—El daño y el pecado.—Forma de castigo de las ofensas á la sociedad.

**Origen dramático de la justicia penal.**—Pruebas.

**Carácter legislativo de los primeros tribunales.**—El arcópago.—Las *questiones*.—La *questio perpetua*.—Los comicios.

**Consecuencias derivadas de ese aspecto.**—1.º la desaparición de la pena de muerte—2.º la multiplicidad de tribunales.—3.º la formación gradual del derecho penal.

**Influencia del derecho penal romano** por su noción del origen de la justicia.—Ideas de la Iglesia en este punto.

---